



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

국가관할권 이원지역의
해양보호구역과 어업 간 조화

2018 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

김 혜 인

국가관할권 이원지역의 해양보호구역과 어업 간 조화

지도교수 이 재 민

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2017 년 12 월

서울대학교 대학원
법학과 국제법 전공
김 혜 인

김혜인의 법학석사 학위논문을 인준함
2018 년 1 월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

본 연구는 공해와 심해저 등의 국가관할권 이원수역의 해양생물다양성을 보존하기 위한 해양환경보호(Marine Protected Area: MPA) 구역 설정과 각 국가별 어업자원 이용권리 간 충돌을 다룬다. 해당 주제는 UN 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 (Biodiversity Beyond the National Jurisdiction: 이하 ‘BBNJ’) 회의 내 MPA 논의에서도 다뤄지고 있지만, 국가 간 첨예한 대립이 이어져 문언 성안과정이 지체되고 있다. 특히 동 회의의 결과물은 법적 구속력이 있는 국제문서, 즉 UN해양법협약의 이행협정(Implementing Agreement)이 될 가능성이 있다는 데서 긴장이 초래된다. 공해지역 내 생물다양성 보존을 위한 조업금지구역 설정 등의 규범이 등장해 조업국의 이익에 직접적인 영향을 끼칠 수 있다. 이와 같은 배경에서 관련 법적 쟁점으로는 다음과 같은 질문이 대두할 수 있다. 과연 관습 국제법과 조문 상으로 인정된 공해 어업의 자유와 국가의 자원에 대한 권리 존중과 국제적인 MPA가 추구하는 해양생물다양성 보존을 위한 여러 원칙과 접근방식 간 균형은 어떻게 설정될 수 있는가? 국제해양법과 국제환경법이라는 각기 다른 레짐 사이 관계는 어떻게 바라보아야 하고, 상호 적용은 어떤 방식으로 도모할 수 있는가? 그리고 이미 다양한 지역수산관리기구가 각각의 MPA 체제를 갖춘 사례도 많은데 향후 이행협정으로는 이를 어떻게 관리할 수 있는가?

상기 여러 문의를 연구함에 있어 본고는 정책중심적 법학(Policy-Oriented Jurisprudence) 방법론을 이용해 국가와 국제 공동체의 이익 및 가치체계를 분석하고, 다양한 행위자의 상호작용에서 이행협정과 MPA관리체계가 추구해야 할 방향을 구상해본다.

국제적인 MPA의 설립은 관할권 이원수역의 해양생물다양성의 세계 공적 질서(World Public Order)를 구성하는 데 필요한 논의며, 국제사회에서 국제법을 통해 이루고자 하는 가치가 무엇인지 파악한 후, 마지막에는 법정정책적 대안을 제시하는 것을 목표로 한다. 상기 논의를 위해 다음과 같은 순서로 분석을 시도한다.

제1장에서는 우선 다층적인 국제 어업질서와 UN BBNJ 회의 내용 중 연구의 중점이 되는 핵심 개념을 재확인하고 그 범위를 확정한다. 특히 국가관할권 이원수역이라는 개념에서 언급되는 국가관할권의 개념을 정의한다. 국가관할권의 성질과 범위를 정한 후에는 자원주권, 자원에 대한 소유권, 자원에 대한 권리 등의 개념을 구분하여 논의에 단초를 제공한다. 그리고 논의의 효율을 위해 해양자원의 범위는 공해와 심해상의 어업자원으로 특정한다. 그리고 정책중심적 법학에서 추구하는 인간존중의 공공질서를 위해 Johnston의 이익과 가치 체계를 응용하여 본고의 분석틀을 정립한다.

제2장에서는 국제해양법상 관할권 개념이 17세기부터 어떻게 발전되어 왔는지 검토하고, 자원에 관해 국제사회가 견지한 규범체제를 정리한다. 특히 로마법의 물건 분류에 근거하여 무주지(*res nullius*)로 인식되었던 해양이 점차 공유수역(*res communis*)으로 변모해가는 과정을 살펴본다. 또한 주요 연구의 흐름과 실행을 정리하여, 현재 어업자원에 관한 국제사회의 이해를 구성하는 근거를 찾아본다. 물론 공유수역 이외에도 관할권 이원지역의 법적지위에 대해 여러 가지 대안 법리가 제기되지만, 현재도 관할권 이원지역의 법적지위는 대부분 공유수역을 전제로 하고 다뤄지고 있는 점을 확인한다. 또한 공유수역 내 어업자원의 법적지위도 트루먼 선언 이후 다양한 민간 국제법단체 및 학술회의의 논의를 거쳐 국가와 국제사회의 관리가 필요한 영역임을 인식하는 과정을

확인한다. 그 다음으로는 상기 논의를 바탕으로 구성된 공해 체제와 심해저 체제 내 자원관련 조문에서 국가 관할권과 국가의 권리가 어떻게 규정되어 있는지 파악한다. 이 과정에서 기체결된 두 UN해양법협약의 이행협정인 UN공해어업협정과 제11부 이행협정의 새로운 시사점도 도출한다. 즉 해당 장의 논의로부터 국가관할권과 공해의 자유 간 연관은 있지만, BBNJ회의의 국제적인 어업관련 MPA 설정에 의해 국가의 관할권이 제한되리라는 일부 국가의 주장이나 공해 어업관련 MPA를 통해 원양어업 조업국이나 연안국이 국가관할권의 확대를 도모한다는 주장은 정합성이 부족하다는 점을 보인다. 다만 공해의 자유를 제한할 수 있는 국제법적 근거, 특히 국제환경법상 논거가 있는지는 다음 장과 연계하여 고민이 필요한 부분이다. 그리고 정책중심적 방법론 논의의 선상에서 국가가 배타적 이익과 안보, 부 등의 가치를 남용하지 않도록 생겨난 여러 국제법적 기제를 찾아보고, 국제사회 내 여러 상호작용을 통해 포괄적 이익과 효율 등 공공질서를 수립할 수 있는 가치가 더 효과적으로 고려되고 있음을 확인한다.

제3장은 현재 남획문제를 규율할 수 있는 국제환경법을 수용하여 어업문제와 관련된 생물다양성 보존 담론을 다룬다. 특히 점차 중요성이 증대되는 국제환경법의 원칙과 UN해양법협약에는 어떻게 반영되어 있는지, 국제환경법 레짐과 국제해양법 레짐은 어떤 관계를 구축하고 있는지 다룬 후 본격적으로 어업문제에 관련되는 주요 국제환경법 원칙을 분석한다. 월경 피해 방지원칙, 국제협력의 원칙, 세대 내 세대 간 원칙은 국제해양법상 어로행위에 대한 환경법적 고려를 수반할 수 있는 의무를 부과하고 있음을 볼 수 있었다. 그러나 사전주의 원칙과 생태주의 접근의 경우 1995년 UN 공해어업협약에 반영은 되어 있으나, 당사국 외에 전반적인 국제해양법 레짐에 의무를 부과하기에는 아직 발전의 여지가 더

있음을 확인하였다. 판례의 분석의 경우 초기 *Bering Fur Seals Case*, *Fisheries Jurisdiction Case (UK v. Iceland)*를 통하여 어업권이 절대적인 권리가 아님은 확인하였다. *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, *Southern Bluefin Tuna Case*, *Chagos MPA Case* 등에서 관할권 이원지역 MPA 설립 시 지역수산물관리기구의 합의, 유보 선언, 분쟁당사국 간 어업 관련 합의 등이 분쟁을 복잡다단하게 만들기는 했지만, MPA 설립절차와 해양 환경 및 자원의 보존 의무에서 앞으로 더 세밀한 법리공방이 일어날 수 있는 부분을 재확인하였다.

제4장에서는 제2장의 국제해양법의 어업권과 제3장의 국제환경법상 해양생물다양성 간 조화가 가능한지를 분석한다. 우선 최근 UN BBNJ 회의를 해양생물다양성 법제를 수립하여 보편적 법질서제도로 나아가는 과정으로 파악한다. 또한 동 회의의 주요 의제중 하나인 지역기반관리(Area-Based Management) 체제와 MPA에 대한 대담의 흐름을 파악한다. 그 다음으로는 국가관할권 이원지역, 즉 공해와 심해저의 어업자원의 보호를 위한 MPA를 설정할 수 있는지 그 법적 근거를 찾아본다. 특히 이 부분에서는 여러 국제기구와 국가가 발표한 예상 이행협정 상 MPA 근거조문과 MPA 설정 기준을 세밀하게 평가해본다. 이어 FAO 등이 제시한 다른 국제기구 혹은 지역수산물기구의 MPA 설정 조건과 비교분석을 시도한다. 또한 새로운 UN BBNJ 회의를 통해 이행협정 초안이 구체화되는 경우, 어떤 조문 및 문구를 넣어 다층적인 어업규범체제와 조화를 이룰 수 있는지 살펴본다. 다만 현재 BBNJ 회의 결과물과 진행상황에 미루어볼 때 법의 영역에 더해 최근 법학에서도 종종 다뤄지고 있는 거버넌스 개념을 차용하여 분석의 틀을 넓혀야 할 필요성을 이끌어낸다. 물론 아직 거버넌스 개념은 국제법적 담론에서는 확립된 개념이 아니지만, 관할권 이원지역의 어업 문

제를 다룰 때 필수불가결한 다수의 행위자, 특히 지역어업수산물
리기구에 대한 총체적 분석을 위해 도입하고자 한다. 즉 정책중심
적 법학 방법론이 표방하는 국제사회의 보편적 법질서제도와 정책
적 대안을 제시하는데 있어 초국가적, 규범적, 학제간 분석을 강화
하기 위해 해양거버넌스 개념을 분석도구로 적용한다.

제5장은 국제법상 해양거버넌스를 정의하고, 규범 차원과
제도 차원에서 어떠한 제안을 해볼 수 있을지 분석한다. 또한 어
로행위에 대한 국제규범체제가 집적되어 있는 복잡한 현실 속에서
도 관할권 이원수역 MPA를 설정하고 운영하고 있는 남극해양생
물자원보존위원회(CCAMLR)와 북동대서양프로그램(OSPAR)의 동
향과 법정정책적 함의를 도출해본다. 그 다음으로 UN BBNJ 회의
이후 이행협정을 통해 다자기구의 MPA체제가 가능할지 예측한다.
이를 위해 첫 번째는 거버넌스를 생성하기 위한 구조 모델로 국제
와 지역적 혹은 분야별 대안의 장점을 융합한 혼합 체제를 제안한
다. 두 번째로는 규범 단계에서 기준 및 적용원칙과 기존 규범과
의 관계 정립을 고민한다. 주요 UN해양법협약, UN공해어업협정,
그리고 지역수산물관리기구의 조문 분석 결과 생태계 중심 접근방법
과 사전주의 원칙의 명시적 언급과 실제적인 기준 제시가 문언상
도입되어야 함을 주지할 수 있었고, 이에 구체적인 조문과 문언을
제시해본다. 또한 기존의 MPA 체제와 조화를 이루기 위한 방법으
로 보충성을 제안하며, 다각적인 입법안을 제시한다. 양립 및 우선
적용 조항(conflict clause, saving clause), 일몰조항, EBSA 기준
재활용 등과 같이 기존 국가의 어업 이익 및 지역수산물관리기구의
이해와 조화를 이룰 수 있는 최적의 법정정책적 대안을 찾아본다.

관할권 이원 지역 내 MPA는 해양법 상 해양 관할권 및
공해의 자유와 환경법 상의 해양보호 관련 원칙 간 긴장을 초래한
다. 본 연구는 두 진영 간 법리 비교를 통해 국제적으로 관할권

이원 지역 내 해양보호구역에 대한 체제를 세울 수 있는지, 평가 기준에는 어떤 것 들이 있는지 등을 논하여 향후 관련 정책 및 연구에 있어 바람직한 방향에 대해 고찰하고자 한다. 상기 논의는 해양관련 기술 발전으로 국가의 관할권 이원 지역의 어업자원 이용범위가 점점 확장되는 불가역적인 흐름에 맞춰 국제법적 공백을 메우는 작업이다. 그리고 지역별, 분야별, 국제기구별, 국가별로 분할되어 각기 설정된 복잡미묘한 어업규범체제를 국제적으로 규율할 수 있는 체제를 논함으로써, 궁극적으로는 국제법을 이용한 국제공유자원의 지속가능한 이용방안 수립에 기여하고자 한다.

주요어 : BBNJ 회의, 국가관할권 이원, 해양관할권, 국가관할권, 유엔해양법협약, 해양환경보호구역, 공해 어업, 해양 거버넌스, 정책중심적 법학

학 번 : 2015-22976

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 문제의 배경 및 필요성	1
제 2 절 연구의 범위와 구성	9
1. 관할권, 자원주권, 관할권 이원지역의 정의	10
(1) 국제법상의 국가관할권	
(2) 국가관할권과 자원주권	
(3) 해양 관할권과 공해의 자유	
2. 해양 어업자원의 범위	24
 제 2 장 국제해양법상 국가관할권 이원지역의 법적지 위와 어업자원	26
제 1 절 국가관할권 이원지역의 법적지위와 관할권 ..	26
1. 공유수역(<i>Res Communis</i>)	26
(1) 공해와 공유물 법리의 적용	
(2) 17-19세기: 공유수역의 법적지위 논의	
(3) 20세기 이후 공유지 법리	
2. 공유수역내 어업자원의 법적 성격	39
(1) 1958년 제네바 회의와 어업자원	
(2) 1958년 제네바 협약과 해양 관할권	
제 2 절 1982년 UN해양법협약과 해양 관할권	52
1. 공해 체제	52
(1) 공해자유의 원칙	
(2) 공해와 기국관할권	
2. 1995년 UN공해어업협정	62
3. 심해저 체제	64
(1) 인류 공동의 유산 (Common Heritage of Mankind)	

(2) 1994년 제11장에 관한 이행협정	
4. 소결	72
 제 3 장 국제환경법상 생물다양성과 어업자원 ..	75
제 1 절 UN해양법협약상 해양환경의 고려	76
제 2 절 국제환경법과 UN해양법협약간 관계	78
제 3 절 국제환경법 원칙과 국가관할권 쟁점	82
1. 월경 피해 방지의 원칙	85
2. 국제협력의 원칙	87
3. 세대내 및 세대간 형평	90
4. 사전주의의 원칙	92
5. 생태계적 접근방법	97
제 3 절 국제법상 어업자원 개발 및 보호판례	98
1. 초기 어업자원 보존 판례	99
(1) <i>Bering Fur Seals Arbitration</i>	
(2) <i>Fisheries Jurisdiction Case (UK v. Iceland)</i>	
2. 국가관할권 이원수역 어업자원 판례	106
(1) <i>Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)</i>	
(2) <i>Southern Bluefin Tuna Case</i>	
(3) <i>Chagos MPA Arbitration</i>	
3. 소결	118
 제 4 장 해양 관할권과 해양생물다양성 보존의 조화:	
UN BBNJ 회의와 MPA	122
제 1 절 BBNJ 회의 의제	122
1. BBNJ 회의 개요 및 제3의 이행협정 가능성	122
2. 지역기반관리(Area-Based Management)	124
3. 해양보호구역(Marine Protected Area)	127

(1) 국제법상 MPA의 정의	
(2) 해양생물다양성 보존 MPA의 발전	
제 2 절 관할권 이원지역내 MPA 설정 검토	134
1. 공해내 MPA 설정 가능성	126
2. 심해저 어업 관련 MPA 설정 가능성	137
3. 소결	140
 제 5 장 어업자원 보호 해양 거버넌스	 144
제 1 절 해양거버넌스와 어업자원 개발 및 보호	145
1. 국제법상 해양거버넌스의 정의	145
제 2 절 지역기구 MPA와 해양거버넌스	148
1. 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)	152
2. 북동대서양프로그램(OSPAR)	155
제 3 절 다자기구 MPA와 해양거버넌스 설정가능성 ·	157
1. 해양생물다양성 보존 통합적 접근 모델	157
(1) 국제 차원 체제	
(2) 지역적 혹은 분야별 체제	
(3) 혼합 체제	
2. 해양생물다양성 규범간 관계 확립	162
(1) 기준 및 적용원칙	
(2) 기존 규범과의 관계 정립	
3. 소결	169
 제 6 장 결론	 172
 참고문헌	 178
Abstract	211

표 목 차

[표 1: 향후 관할권 이원수역 생물다양성 보호 체제 제시안]	158
[표 2: 해양환경 보호관련 원칙 조문]	163

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 배경 및 필요성

현재 국제해양의 헌법이라 불리는 United Nations Convention on the Law of the Sea (이하 ‘UN해양법협약’)는 해양 기술의 발전으로 여러 가지 도전에 직면하고 있다. UN해양법협약 성안 당시 공해와 심해저 수역은 국가관할권 이원지역으로 인식되었고, 접근이나 개발 가능성에 있어 한계를 노정하고 있었다. 하지만 해양 기술이 발달함에 따라 해당 수역의 개발 가능성이 재조명되고, 각국은 해양영토의 확장과 개발 논의를 전개하고 있다. 국가관할권 이원지역으로 분류되는 공해와 심해저는 세계 해양의 3분의 2 정도를 차지하며, 부피로는 95%를 차지하는 방대한 수역이다.¹⁾ 공해는 지구 표면의 50%, 그리고 지구 전체의 생물량의 90%를 점하고 있기에 어업이나 생물자원 개발 잠재력이 크다.²⁾ 국가관할권 이원 해역의 생물자원은 생명현상 연구, 신물질 개발, 유용 유전자 정보선점을 통한 해양 바이오 산업 성장과도 연계된다.³⁾ 심해저에

1) United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS), Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an Internationally Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, available at http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Procedural_report_of_BBNJ_Prep_Com.pdf (last visited on 1 October, 2017); Cymie Payne, 'Biodiversity in High Seas Areas: An Integrated Legal Approach', *American Society of International Law Insights*, Vol. 21, Issue 9 (2017), available at <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/9/biodiversity-high-seas-areas-integrated-legal-approach> (last visited on 1 October, 2017).

2) Colleen M. Corrigan and Francine Kershaw, 'Working Toward High Seas Marine Protected Areas: An Assessment of Progress Made and Recommendations for Collaboration', United Nations Environment Programme, World Conservation Monitoring Centre (2008), p. 4.

는 망간단괴, 해저열수광상, 망간각 등의 자원이 있으며, 특히 망간단괴를 개발하여 연간 약 300만 톤을 생산한다고 가정한다면 100년간 연 15억 달러의 경제적 가치가 창출될 수 있다는 연구도 있다.⁴⁾

그러나 개발 과정에서 일어날 수 있는 해양환경의 파괴에 대응할 수 있는 국제법적 질서가 잘 확립되어 있는지는 의문이다. 어로 기술의 발전으로 국가관할권 이원지역의 해양생물자원에 대한 접근이 용이하기에 불법·비보고·비규제 어업(Illegal, Unreported and Unregulated fishing: 이하 ‘IUU 어업’), 파괴적인 어획기법, 남획 등도 더 넓은 해역을 무대로 자행된다. 총 어족자원 중 31.4%가 이미 남획 때문에 고갈위협성이 제기되는 상황이고, 총 어족자원의 58.1%는 이미 최대 수용 가능한 수준까지 어로행위로 수확되고 있어 어업자원의 보존 필요성은 이미 임계치를 넘어선 수준이다.⁵⁾ 상기 상황은 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 발전에 위협으로 직결되는데, 해당 부분에 대한 법적 및 거버넌스 체제에는 공백이 존재한다.

이러한 문제를 인식하여 2005년 UN총회는 총회결의 59/24에서 국가관할권 이원 지역의 해양생물다양성 보존과 관련 문제를 논의하는 비공식 작업반(*Ad Hoc* Open-ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity Beyond National Jurisdiction: 이하 ‘BBNJ 비공식 작업반’)을 설립하여 다각적인 논의를 주도하였다. 이듬해 2015년에는 UN 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용에 관한 UN 해양법협약 하 ‘법적 구속력 있는 국제문서’를 기초할 수 있는 토대를 마련하였다. 물론 아직은 UN해양법협약 체제에서 제3의 이행협정(implementing agreement)이

3) *Ibid.*

4) 양희철, ‘해양자원, 국가성장의 방향을 바꾸다’, *과학기술정책*, 과학기술정책연구원, Vol. 25, Iss. 5 (2015), pp. 27-29; 또한 심해저는 여러 전략금속 (망간, 니켈, 코발트)을 수만~수억 톤 매장되어 있는 자원의 보고이며, 해저열수광상의 경우 금은 4만 톤, 아연 2억 톤 등의 매장량이 집계되어 큰 가능성을 내포한 지역이다. 최재선, ‘배타적 경제수역(EEZ) 해양자원 개발자원 연구’, 한국해양수산개발원 (2009), p. 25.

5) FAO, ‘The State of World Fisheries and Aquaculture 2016: Contributing to Food Security and Nutrition for All’, Rome, FAO Publications (2016), p. 38.

출범에 대비하여 기초적인 구성요소를 논의하는 단계지만, BBNJ 회의와 결의는 공해와 심해저의 규범체제와 패러다임을 크게 바꾸리라는 기대를 받고 있다. 특히 아직 법적 및 거버넌스 공백이 남아있는 공해와 심해저의 어업 패러다임에 지대한 영향을 끼칠 가능성이 농후하다.

BBNJ 회의의 4대 주요 의제 중에서도 특히 지역관리기반 도구로써의 해양보호구역(Marine Protected Area: 이하 ‘MPA’)은 해양환경 보호책 중 가장 효과가 뛰어난 방법으로 평가받고 있으며, 국제어족자원의 보호를 위해 국가들의 어업권을 제한하는 방향으로 지정될 수도 있다.⁶⁾ 1991년도 경 국제해사기구(International Maritime Organization: 이하 ‘IMO’)는 전통적인 공해의 어업자유를 제한하는 방향으로 조업금지 MPA를 논의한 바 있다.⁷⁾ 그러나 어업 제한 MPA 설정은 우리나라와 같은 원양어업국의 이익에 대한 규제로 작용할 수 있어 다른 한편으로는 위기감이 조성되고 있다.⁸⁾ 2013년 미국과 EU는 대한민국을 불법어업가담국가 및 예비 불법어업국으로 지정했는데, 당시 2015년 1월 원양산업발전법 2차 개정을 통해 예비 불법어업국 지정이 해제됐다.⁹⁾ IUU 어로 활동에 관한 국제법 규범의 이탈은 여러 국제적 제재와 국내법 역외문제 등을 수반한다.¹⁰⁾ 그렇기에 사전에 국제 수산관련 규제 논의를 미리 검토하고 향후 해양진출에 필요한 여러 대응책을 구상하는 것은 실익이 있다고 볼 수 있다.

BBNJ회의의 MPA에 대한 고찰의 또 다른 의의로는 기존의 연

6) Kristina M. Gjerde and Anna Rulska-Domino, ‘Marine Protected Areas beyond National Jurisdiction: Some Practical Perspectives for Moving Ahead’, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27 (2012), pp. 353-355.

7) Montserrat Gorina-Ysern, World Ocean Public Trust: High Seas Fisheries after Grotius - Towards a New Ocean Ethos, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 34 (2004), p. 646.

8) 한덕훈, ‘UN 수산결의안 최근 논의 동향 분석 및 정책적 함의, *현안분석 2014-15*’, 한국해양수산개발원 (2015), p. 23.

9) 양찬수, ‘해양재난 대응차원의 위성정보 활용’, *과학기술정책, 과학기술정책연구*, Vol. 25, Issue 5 (2015), p. 38.

10) 이재민, ‘IUU 규제조치와 국내법의 역외적용: 미국 및 EU의 관련 입법과 집행을 중심으로’, 『국제경제법연구』, Vol. 12, No. 3 (2014), p. 30.

안국 관할권과 공해의 자유로 대변되는 해양질서가 국제공동체의 공동의 이익과 해양환경보호라는 규범을 중심으로 개편되고 있는 흐름을 진단할 수 있다는 것이다. 2016년 10월 28일 제35차 남극해양생물자원보존위원회(Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: 이하 ‘CCAMLR’)에서는 유럽연합(EU) 외 24개국이 남극의 로스(Ross)해에 한반도 면적의 7배를 상회하는 약 1,550,000 km²에 이르는 세계 최대 면적의 MPA에 대해 35년간 연구목적 이외 어업활동과 광물 채취를 금지하였다.¹¹⁾ 대한민국 정부대표단은 남극해 MPA에 반대를 표명하다가 2015년 입장을 바꾸고, 보존조치 법률안 작업반 논의 과정에서 활발하게 기여한 바 있다.¹²⁾ 물론 남극해 남쪽 해양은 해양 생태계의 보고이자, 심해 생물 연구에도 중요한 지역이지만 대규모 원양어업을 해온 러시아와 중국 등의 국가는 CCAMLR의 법적 권리에 대해 반문하고, 보호 기간의 조정 등을 요구하였으나 결국은 국가관할권 이원지역 내 MPA에 관한 이례적인 선례가 되었다.¹³⁾ 물론 해당 사례는 남극해라는 특수한 지역에서 국제사회가 합의한 MPA의 예임에 주의해야 한다. 그렇다고 하더라도 기후변화 및 해양생물다양성 문제의 대응책으로 어업규제 MPA를 제시하는 예는 또 나올 수 있으며 이에 대한 국제법적 근거 논의 및 국제사회 내 MPA 체제에 대한 다자적인 규범의 설립에 대한 필요성이 제기되는 시점이다.

관할권 이원수역 규범체제 패러다임 변화에 보조를 맞추기 위

11) 다만 연구목적에 한해 특별지정구역에서 크릴새우와 메로를 잡을 수 있다. 한국일보, 최후의 원시 바다 남극 로스 해, 향후 35년간 어업활동 전면 금지, available at <http://www.hankookilbo.com/v/b336ef129de54b33a8d7e1fd01ed18bf> (last visited on 10 October 2017).

12) 환경운동연합, ‘[논평]세계 최대 면적의 남극해 해양보호구역 지정이 실현되다.’, 보도 자료, available at <http://kfem.or.kr/?p=169193> (last visited on 10 October, 2017).

13) The Diplomat, A Pyrrhic Victory in Antarctica? available at <https://thediplomat.com/2016/11/a-pyrrhic-victory-in-antarctica/> (last visited on 10 October, 2017); The Guardian, Russia Dragging Heels on Creation of Antarctic Conservation Zone, available at <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/10/russia-dragging-heels-on-creation-of-antarctic-conservation-zone> (last visited on 10 October, 2017).

해서는 공해의 자유와 국가의 자원이용 관련 관할권이 어떤 흐름으로 확립되어 왔는지 추적하고, 흐름을 파악하여 앞으로 BBNJ회의에서 국제법적 영향을 예측하여 전략을 수립할 수 있는 연구가 필요하다. 또한 우리나라의 입장과는 달리 불가역적으로 전개되고 있는 해양생물다양성 보존에 관한 국제환경법상 원칙 기반 접근과 이로 인해 변경되는 국제 해양 거버넌스에 직면하여 우리는 어떤 입장을 취할지 미리 대응책을 고심해야 할 필요성이 대두하고 있다. 이러한 필요에 부응하고자 본 연구는 첫째로는 UN BBNJ회의 논의 현황에 국제법의 중요한 요소인 국가관할권과 공해의 어로행위 자유와 국제환경법상 해양생물다양성 보존 및 지속가능성 유지 관련 원칙의 발전상을 정리하고, 두 번째로는 양 원칙 간 조화를 꾀할 수 있는 해양 거버넌스가 가능한지, 그리고 세 번째로는 이를 어떻게 국제법 하 규범체제로 편입시킬 수 있는지 검토하는 것을 목표로 한다.

상기 목표는 또한 일반 국제법의 거시적인 시점에서 바라보면 국제법의 대표적인 문제인 국익과 국제 공동체의 이익 간 조화, 그리고 국제법 방법론¹⁴⁾의 적용을 통한 정책적 해결안 제시에서 시너지 효과를

14) 1999년 미국 국제법 학회(American Society of International Law)는 국제법방법론으로 7가지를 분류하였다. 여기에는 법실증주의(legal positivism) 방법론, 뉴헤이븐 학파 혹은 정책중심적 법학(the New Haven School) 방법론, 국제법과정학(international legal process) 방법론, 비판법학(critical legal studies) 방법론, 국제법과 국제관계학(international law and international relations) 방법론, 여성법학(feminist jurisprudence) 방법론, 그리고 법경제학(law and economics) 방법론이 있다. Annie-Marie Slaughter and Steven R. Ratner, 'Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers', *American Journal of International Law*, Vol. 93, p. 293; 이중 국제해양법과 관련해서는 정책중심적 법학이 다양하게 응용된바 있다. 이창위, '정책중심적 법학(Policy Oriented Jurisprudence)의 관점에서 본 경제획정과 독도에 대한 처리', 『국제법학회논총』, Vol. 50, No. 2 (2005); 이창위, '해양과학조사에 대한 해양강대국과 연안국의 갈등-규범화를 둘러싼 대립의 본질과 법정책학적 대안의 모색', 『국제법학회논총』, Vol. 60, No. 3 (2015) 참조; 국내 국제법 연구에는 다른 방법론도 점차 재조명을 받고 있는 실정이다. 김성원, '법경제학 국제법 방법론에 관한 연구', 『한양법학』, Vol. 22-1, No. 33 (2011); 김성원, '국제법 분석 도구로서 경험주의 법학 방법론에 관한 연구', 『국제법학회논총』, Vol. 57, No. 4 (2012); 이창위, '북핵 문제와 NPT 체제의 재검토-핵 문제에 대한 국제법과 국제정치의 교차', 『국제법학회논총』, Vol. 62, No. 3 (2017)

창출할 수 있는 분야다. 따라서 본 연구는 규범성(normativity), 학제간 연구(interdisciplinarity), 법이 만들어지는 과정(process), 초국가주의(transnationalism) 등의 주요지침¹⁵⁾에 입각하여 법적 분석을 하는 정책중심적 법학(Policy-Oriented Jurisprudence)¹⁶⁾ 방법론을 도입하고자 한다¹⁷⁾. 동 방법론의 초시를 다진 McDougal은 해양법의 역사적 기능(historic function)¹⁸⁾을 각 국가가 특수하고 배타적인 이익을 추구하는 경향 속에서도 일반 국제 공동체의 이익(general community interest)을 도모하고, 양 이익 간 균형을 맞추려는 기능이라고 보았다. 특히 정책중심적 법학 방법론은 배타적 이익¹⁹⁾의 과잉부분을 통제하여 국제 공동사회의 이익을 수호하고, 세계 공적질서(world public order)를 구축하는 것을 목표로 하였다는 점에서 본 연구의 지향점과 궤를 같이 한다. 물론 정책중심적 법학 방법론은 어떤 주체가 질서의 행방이나 공동체의 이익을 규정할 수 있는지, 그리고 해당 개념이 사실상 국제사회의 특정한 이익만을 대변하는 것이 아닌가에 대한 여러 비판에 직면하기도 하였다.²⁰⁾

참조.

15) Harold Hongju Koh, 'Is There a "New" New Haven School of International Law?', *The Yale Journal of International Law*, Vol. 32 (2007), p. 565.

16) 법정책학적 접근, 정책지향 방법론, 뉴헤이븐 학파 (New Haven School)로 불리기도 한다.

17) 물론 정책중심적 법학 방법론이 과학적 객관성 전제를 유지하고, 정책 모델을 수립함에 있어 전제 자체가 유토피아적인 면이 강하다는 면이 지적받기도 한다. 또한 법과 정치 영역의 경계가 허물어질 수 있어 객관적인 규범의 존재에 대해 다시 고심해봐야 한다는 우려도 있다. Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp. 204-207.

18) Myers S. McDougal and William T. Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea* (New Haven: New Haven Press, 1987), p. 1.

19) McDougal은 해양의 이용에 있어 국가들이 가지는 배타적 이익(exclusive interest)과 포괄적 이익(inclusive interest)의 균형을 주장하였다. 배타적 이익/주장에는 한 국가가 사용하기 시작하면 다른 국가가 사용을 할 수 없게 되는 배제성을 가지게 되는 내수나 영해에 대한 권리 주장을 들었다. 포괄적 이익/주장에는 공해 내 항해와 어업 등 한 국가의 이용이 다른 국가의 이용을 배제하지 않는 종류의 권리를 예시로 들었다. McDougal and Burke, *supra* note 18, pp. 1-2.

20) 특히 '구미중심적 담론'에 의거하여 '과도하게 보편주의적 시각을 채택' 하였다는 비

이에 대비하여 본고에서는 앞서 여러 국제기구나 과학자 및 해양 전문가 집단에서 제시한 현재 어업자원의 고갈 위기와 해양생물다양성의 상실 가능성을 국제법적 과제로 규명하고자 한다. 따라서 국제 공적 질서가 추구해야 할 방향과 이익은 어업자원의 합리적인 이용과 동시에 해양생물다양성의 보존이라고 전제하고 분석을 재개한다. 이와 같은 정합성에 근거하여 논의 전개 방식 역시 방법론이 제시한 과정에 맞춰 진행하고자 한다.²¹⁾ 우선 목표를 명확히 하고(제1장 제2절), 문제의 동향을 파악한 뒤(제2장), 문제에 기여하는 요소 및 관련 가치를 분석(제3장)하고, 미래의 발전상을 유추(제4장)해본 다음에는 정책적 대안을 제시(제5장)하도록 한다.²²⁾

관은 현 시점에서도 유의미한 지적이라고 볼 것이다. 특히 분권적 국제질서에서 정당한 고려 부재 하 보편성을 지나치게 일반적으로 정의하는 경우 강대국의 '자의적인 국제행동에 대한 변호론(apologia)'으로 비화될 수 있다는 지적은 어업자원과 같이 지역별, 국가별 파편화된 이해관계를 가지는 상황에서는 더욱 더 힘이 실리는 주장이 될 수 있다. 이 근관, 'Rosalyn Higgins, 『Problems and Process: International Law and How We Use It』 (1994, Oxford University Press, pp. 274)', 『서울국제법연구』, 제2권 제2호 (1995), pp. 267, 279-281; Richard Falk, 'Problems and Process: International Law and How We Use It By Rosalyn Higgins', *The American Political Science Review*, Vol. 89, No.1 (1995), pp. 254-255; 이에 본고에서 채택한 권위와 통제의 문제의 타당기초인 어업자원의 합리적인 이용과 해양생물다양성의 보존은 최대한 객관성을 담보할 수 있는 과학적 연구 결과와 국제전문기구인 FAO의 발표 등에 근거할 것이다.

21) McDougal은 법적 문제를 해결하여 국제사회 내 인간이 존엄성을 보호하고, 주요한 가치를 보전하기 위한 절차로, 다섯 개의 절차를 제시한다. 첫 째로는 목표를 명확하게 하는 작업(clarification of goal)인데, 이때 목표의 지향점이나 해당 문제의 법적, 공적체제의 등에 미치는 함의를 자세하게 기술할 수 있다. 그 다음으로는 역사적 및 현재 동향이 목표에 다다르고 있는지, 아니면 더욱 요원해지고 있는지 분석(description of event)한다. 그 다음으로는 앞서 분석한 동향에서 어떤 요소가 목표의 수렴 혹은 목표달성 실패에 영향을 주었는지 검토(analysis of conditioning factors)한다. 네 번째로는 미래에 법적 문제가 어떻게 발달할지 예측하는 작업인데, 법적 문제에 대응하는 개인이나 집단에 의한 노력을 배제할 경우 어떤 상황에 직면할지 구체적으로 상정해보는 것이다. 마지막으로는 정책 대안의 개발과 고려(invention and consideration of policy alternatives)를 통해 주요한 가치의 희생을 최소화하면서 목표를 이룰 수 있는 방안을 고민할 수 있다. Myres S. McDougal *et al.*, *Studies in World Public Order* (New Haven and London: Yale University Press, 1964), p. 17.

22) *Ibid.*

또한 본 논문은 기존의 방법론이 고수하는 가치를 새롭게 적용하여 국제법이라는 ‘권위적이고 지배적인 의사결정의 과정’(process of authoritative and controlling decision)²³⁾에서 현재 BBNJ회의의 MPA 논의가 기여하는 것이 무엇인지 분석하고자 한다. 즉 이를 위해서는 우선 분석에 이용할 가치²⁴⁾를 선정하는 것도 중요하다. 본고는 정책중심적 방법론의 가치를 재편성하여 해양법의 여러 논점을 분석했던 Johnston의 가치 체계²⁵⁾를 도입하고자 한다. 즉, 국제법의 행위자가 안보(security)²⁶⁾

23) 여기서 권위(authority)는 ‘누가, 어떤 기준에 의해, 어떤 상황에서, 어떤 절차를 거쳐’ 판단을 내릴지에 대한 공동체의 기대에 따라 의사결정에 참가하는 것을 의미하며, 지배(control)은 의사결정과 이행의 효율적인 참여를 의미한다. 이와 같은 권위적이고 지배적인 의사결정의 과정은 사회적 과정(social process)이기도 하며, 가치의 형성 및 분배를 안정적으로 유지하기 위한 맥락에서 통용된다. Myers S. McDougal and Harold D. Lasswell, ‘Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective’, *University of Florida Law Review*, Vol. 19 (1967), pp. 502-503, 505.

24) McDougal 교수는 권력(power), 부(wealth), 기술(skill), 행복(well-being), 계몽(enlightenment), 정직(rectitude), 존경(respect), 애정(affection) 등을 인류가 추구하는 가치로 분류하였다. 또한 법적 문제를 해결하는 절차 검토 후 제안하는 정책 대안은 언급한 여덟 가지 가치를 공유해야 한다고 주장하였다. McDougal *et al.*, *supra* note 21, pp. 16-19.

25) Douglas M. Johnston, *The Theory and History of Ocean Boundary-making* (Kingston and Montreal: McGill-Queen’s University Press, 1988), p. 12; 예를 들면 해양 레짐과 environmental security zone 설정에는 ‘안보’ 가치를, 그리고 유자망어업 혹은 저인망 어업, 그리고 해양 신기술의 적용을 분석함에 있어 ‘효율’ 가치를 적용한 바 있다. Douglas M. Johnston, ‘Vulnerable Coastal and Marine Areas: A Framework for the Planning of Environmental Security Zones in the Ocean’, *Ocean Development and International Law*, Vol. 24 (1993) 참조; Douglas M. Johnston, ‘The Driftnetting Problem in the Pacific Ocean: Legal Consideration and Diplomatic Options’, *Ocean Development and International Law*, Vol. 21(1990) 참조; Douglas M. Johnston, ‘Law, Technology and the Sea’, *California Law Review*, Vol. 55 (1967) 참조; 각종 정책중심적 법학 가치의 번역은 이창위, ‘정책중심적 법학(Policy Oriented Jurisprudence)의 관점에서 본 경계획정과 독도에 대한 처리’, 『국제법학회논총』, Vol. 50, No. 2 (2005) 참조; 공해에 설정하는 환경보호수역을 적용대상으로 하는 본 논의에서도 Johnston의 가치를 중점적으로 판단해볼 실익이 있다.

26) 안보(security)는 영토성과도 깊은 연관이 있는 가치로, 외세의 전략적 혹은 무력을 동반한 침입에 대응하는 안보의 개념에서 파생하였다. Johnston은 이를 좀 더 확장하여 특정 집단의 거주 공간에 다른 종족, 문화, 혹은 비군사적 침입에 대한 보호의 필요성도

위신(self-respect)²⁷⁾, 행복(well-being)²⁸⁾, 부(wealth)²⁹⁾, 지식(knowledge)³⁰⁾, 효율(efficiency)³¹⁾ 등의 가치를 어떻게 인식하고, 그 가치가 어떻게 공동의 이익으로 발전해나갈 수 있는지 고민해본다. 궁극적으로는 국제해양법과 국제환경법이 국제법의 제 목표인 인간존중 혹은 인간존엄의 공공질서(public order of human dignity)³²⁾의 수립을 위해 어떤 가치를 생산하고 분배하고 있는지 진단하기로 한다.

제 2 절 연구의 범위와 구성

제기한다. Johnston, *supra* note 25, pp. 12-13.

27) 위신(self-respect)은 문화적 혹은 국가적 세습재산(patrimony)에 부여된 상징적인 의미와 연관있다. 즉 실질적인 이익을 넘어서는 상징적인 중요성을 수호하고자 하는 의지이며, 이 가치가 훼손되는 경우에는 정상적인 이율배반적 외교로는 해결할 수 없는 갈등이 초래된다. *Ibid.*, p. 13.

28) 행복(well-being)은 식재료 등과 같은 주요 기본적인 자원, 사회적, 심리적, 생태적 요건이 제기되는 가치다. 더러는 정체성이나 비물질적인 효용이 관계되기도 한다. *Ibid.*

29) 부(wealth)는 행복에서 기준점이 되었던 인간의 생존에 필요한 기본 자원을 넘어서는 특수한 이익을 일컫는다. 즉 새로운 경제개발 계획, 이전에 접근할 수 없었던 새로운 어족자원, 광물자원 등에 적용된다. *Ibid.*, pp. 13-14.

30) 지식(knowledge)은 자원이나 영역에 대한 지식의 확장과 기술의 발전은 일국의 역량을 신장시킬 수 있다는 믿은 때문에 추구되는 가치다. *Ibid.*

31) 효율성(efficiency) 역시 지식과 유사한 믿음에서 발로한 가치지만, UN해양법협약 성안시 형평(equity)와 함께 주요 고려된 가치기도 하다. 특히 해양수역의 재분배 면에서 새로운 해양 레짐의 조직적 효율성이 문제로 대두하였다. 이와 같이 형평-효율성 접근법은 해양법 맥락에 국제적인 정의(global justice) 논의를 들여오는 계기가 되었다. *Ibid.*, pp. 14, 19-20.

32) 여기서 인간존엄(human dignity) 개념은 개인의 개체성이 세계화로 인해 단순히 사회나 국가를 넘어 더 큰 국제 공동체에서도 드러나게 되는 점에서 착안된 것이다. 인간의 존엄을 위해서는 다양한 가치와 이익이 요구되는데, 이중 공동의 이익(common interest)이 무엇인지 규명하고 추구하여야 인간존중의 공공질서를 수립할 수 있다. *Ibid.*, p. 490; 공동의 이익을 추구하는 과정에서 인간존중의 공공질서로 나기 위해서는 배타적 이익과 포괄적 이익을 조정하여 균형을 맞추는 절차를 거치게 된다. Myres S. McDougal and W. Michael Reisman, 'The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law is Made', *Yale Studies in World Public Order*, Vol. 6, No. 2 (1980), p. 276.

전통 국제법 체제 하 국가는 해양을 두 가지의 원칙에 기반하여 구분하고 이용해왔다. 첫 번째는 연안국의 관할권을 확장시키는 ‘주권의 원칙’, 그리고 두 번째는 해양의 독점을 제지하는 대신 자유로운 이용을 규정한 ‘자유 원칙’이었다.³³⁾ 하지만 이와 같은 이원화 개념은 국가실행과 1982년 UN해양법협약의 등장으로 다원화되었으며, 현재 UN BBNJ 회의에서는 국제체제를 근거로 각 국가의 관할권 및 어업권을 제한할 수 있는지 문제가 부상하고 있다. 본격적인 논의에 앞서 일련의 흐름을 구성하는 관할권, 주권, 어업자원 등의 정의와 논의 범주에 대해 고찰해본다.

1. 관할권, 자원주권, 관할권 이원지역의 정의

관할권 이원지역 내 MPA 설정 논의를 개시하기 위해서는 우선 논의의 기반이 되는 국가관할권 이원수역을 확정해야 한다. 따라서 어떤 관할권과 연관이 되는지, 그리고 국제법상의 국가관할권의 근거 중 어느 부분과 연결지어 봐야할지 등을 먼저 논의한다. 수역을 다룬 이후에는 논의의 대상물인 어업자원의 법적 성격을 규명함에 앞서, 관할권과 주권이 어떠한 관계 속에서 자원을 배분하는지 인식의 틀을 마련해본다. 마지막으로 국제공법중 국제해양법에서 사용하는 해양 관할권이라는 개념이 어떻게 정립될 수 있고, 본고에서 고찰할 범위는 어디까지인지 논하고자 한다.

(1) 국제법상의 국가관할권

33) Daniel P. O'Connell (edited by Ivan A. Shearer), *The International Law of the Sea, Volume 1* (Oxford: Clarendon Press, 1982-84), p. 1; Phillip Jessup, *The Law of Criminal Jurisdiction in Marginal Seas as Evidenced by Decisions of National and International Courts, Statutes, Treaties, State Papers, Text Writers and General Principles of Law, with Commentaries and a Proposed Code* (New York, G.A. Jennings Co., Inc, 1927), p. 5.

국제법상의 관할권은 ‘국가가 사람이나 물건 또는 어떤 상황을 지배할 수 있는 권한’으로 통용된다.³⁴⁾ 국제재판소가 국가 간 분쟁을 다루거나 분쟁당사국에게 판정을 내릴 권한 역시 ‘관할권’이라고 명명하기도 하지만, 이는 성립근거도 국가관할권과는 상이하고 해당 범위도 분쟁 해결에 국한되므로, 본 연구에서는 이 개념은 논의대상이 아님을 밝히고자 한다.³⁵⁾ 또한 종종 국내법의 관할권, 즉 UN 헌장 제2조 제7항에서 언급하는 국내 재판소가 국내 사안에 관해 가지는 관할권인 ‘국내 관할권’도 관할권 이원 수역을 논하는 본고의 관할권 개념에 포섭되지 않는다. ³⁶⁾

국제법의 관할권은 관할권의 성격상 그리고 관할권 행사대상의 성격에 의해 세분화된다. 우선 관할권 자체의 성격상으로는 입법관할권(prescriptive/ legislative jurisdiction), 집행관할권(enforcement/ executive/ prerogative jurisdiction) 이 있다.³⁷⁾ 집행관할권은 협의의 집행관할권과 법원의 재판관할권(judicial/ adjudicative jurisdiction)으로 세

34) 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』 제5판 (서울: 박영사, 2015), p. 194; Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law: Volume I Peace, Introduction and Part I*, 9th edition (Essex: Longman Group, 1992); 국가관할권(state jurisdiction)이라는 용어가 같은 개념에 쓰이기도 한다.; 김대순, 『국제법론』 제17판 (서울: 삼영사, 2013), pp. 447. 457.

35) Christopher Staker, ‘Chapter 11: Jurisdiction’, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 4th edition (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 310.

36) Peter Malanczuk, *Akehurst's modern Introduction to International Law: 7th Revised Edition* (London: Routledge, 1997), p. 109; 해당 조문은 국제연맹규약의 제15조 제8항에서 비롯되었는데, 해당 조문은 분쟁당사국 일방이 연맹에 회부된 분쟁이 국제법상 오로지 그 당사국의 국내관할권에 속한 사항에 관해 발생한 것이라고 주장하고, 연맹이사회도 그렇게 인정한 경우에는 연맹이사회가 그 취지를 보고하고 그 분쟁해결에 대해서는 그 어떤 권고도 하지 않을 것을 규정한다. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 453.

37) 입법관할권, 행정관할권(executive or administrative jurisdiction), 사법관할권(judicial jurisdiction)으로 구분하기도 한다. 정영진, 이재민, 황준식, 『국제법:이론·판례 및 문제해설』 (제14판), (서울: 신조사, 2015), p. 192.

분화될 수 있다는 논의³⁸⁾도 제기된 바 있다. 하지만 관할권을 입법관할권과 집행관할권으로 크게 나눠서 구분하거나, 관할권의 도식적인 구분이 오히려 법리와 논점 적용에 대한 관할권 적용을 어렵게 할 수 있다는 의견도 있다.³⁹⁾ 국가 중에는 자국의 관할권을 확장하기 위해 국가관할권의 근거를 확대해석하는 역외입법 혹은 역외관할권(extraterritorial jurisdiction) 적용을 시도하기도 한다.⁴⁰⁾ 이와 같은 경우 Brownlie등은 역외관할권 행사에 제한 등을 판단할 때 입법관할권과 집행관할권의 구분이 모호할 수 있음을 지적하며, 대신 관할권과 함께 다른 원칙⁴¹⁾과 아울러 판단해야 한다고 서술하기도 하였다. 본고의 관할권 이원지역의 MPA 설정과 관해서는 입법관할권과 집행관할권이 여러 맥락에서 결부될 수 있을 것이다.

그 다음으로 국가 관할권의 근거 혹은 결정준칙으로는 속지주의(territorial principle), 속인주의(personality or nationality principle), 피해자 국적주의(passive personality principle), 보호주의(protective or security principle), 보편주의(universality principle)가 있다.⁴²⁾ 이러한 원

38) 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』 제6판 (서울: 박영사, 2016), p. 209; James Crawford, *supra* note 36, p. 456.

39) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 311.

40) Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2nd edition (Oxford: Oxford University Press, 2015), p. 7.

41) substantial and bona fide connection between the subject matter and the source of jurisdiction, the principle of non-intervention, a principle based on elements of accommodation, mutuality, and proportionality 등이 언급된 바 있다. Brownlie, *supra* note 39, pp. 311; 관할권의 경합 시 rattachement spatial, les rattachements personnels, les attachements matériels에 근거하는 논의도 참조할 수 있다. Jean Combacau and Serge Sur, *Droit International Public*, 5th edition (Paris: Montchrestien, 2001), pp. 343-348.

42) ‘속지주의’는 한 국가 영토 내에서 발생한 사건에 대해 영토국가가 관할권을 행사하는 원칙이고, ‘속인주의’는 자국민이 국내외에서 이루어진 행위에 대한 관할권 행사원칙이다. ‘보호주의’는 외국에서 발생한 외국인의 행위라도 국가이익을 침해당한 국가가 관할권을 행사할 수 있도록 하는 원칙이며, ‘피해자 국적주의(소극적 속인주의)’는 외국인이 자국민을 대상으로 외국에서 행한 범죄에 대해 국가가 관할권을 행사하는 원칙이다. 마지막으로 ‘보편주의’는 장소와 국적에 관계없이 오직 범죄행위의 성격만으로 관할권을

칙은 독립적으로나 중첩적으로 적용되기도 한다. 국제해양법에서 자원의 개발 및 관련 활동에 대한 민사관할권은 수역별로 국가가 입법할 수 있는 법제를 명시하여 조약에 의거한 관할권의 행사가 이루어진다. 이에 비해 형사관할권은 기본적으로 영토적 제약성을 가지기 때문에 해양수역에서는 행사요건이 더 까다롭고 공해의 항행의 자유와 더 밀접하게 논의되고 있다. 이처럼 국가의 관할권 행사는 주로 국경에 의하고, 영토(속지주의), 국적(속인주의)에 근거하기도 한다. 하지만 해양법과 같은 국제법의 경우는 영해 이원의 수역에 대해서는 각각 구체적인 내용이 달리 설명되고 있다.⁴³⁾

또한 분과별 설명은 보통법(common law) 와 대륙법(continental law) 체계 간에도 차이점을 보이기도 한다. 1968년 유럽평의회(Council of Europe)가 제시한 국제공법상의 관할권 구분에서는 인적관할권, 국가 영토와 영토관할권, 해양, 수로, 선박 등으로 대륙법적 구분이 도입되어 있었으나, 1997년도에는 국가 관할권 원칙은 관할권의 근거(속지주의, 속인주의 등), 관할권의 종류(입법, 사법, 집행), 관할권의 역외적용, 관할권에 대한 제한으로 구분하는 등 변화가 있었다.⁴⁴⁾ 따라서 다른 전통의 질서가 다투는 국제법적 논점에서는 이를 세밀하게 구분해야 할 수도 있지만, 본고에서는 UN해양법협약과 이행협정에서 확립된 기준과 관습국제법을 바탕으로 국가관할권을 총체적으로 조명한다.

(2) 국가관할권과 자원주권

행사할 수 있다는 원칙이다. 정인섭, *supra* note 38, pp. 214-225.

43) 정인섭, *supra* note 38, pp. 208-209; 영토관할권이 국가관할권의 대상이 되는 영토, 영해, 영공에 미치고, 접속수역부터 공해까지는 제한적인 목적에 의해 수역별로 규율된다. Vaughan Lowe, *International Law* (Great Clarendon Street, Oxford University Press, 2007), pp. 173-174.

44) Council of Europe Res. (68) 17 (28 June 1968), Council of Europe Res. (97) 11 (12 June 1997) 참조.

주권은 *Island of Palmas Case*⁴⁵⁾, *Austro-German Customs Union Case*⁴⁶⁾ 등을 거쳐 확립되었으며 일국이 배타적으로 권리나 기능을 행사할 수 있는 독립성을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 일국이 관할권을 행사한다는 것은 국가주권의 구체적인 발현이라고 볼 수 있다. 그렇기에 국제법상 관할권 행사 원칙을 규정하는 것은 국제사회에서 어떤 국가가 어디까지 국가의 권한을 행사할 수 있는지 그 범위를 분배하는 기준을 설립하는 작업이다.⁴⁷⁾ 국가의 관할권은 배타적일 수 있으나 여러 국가의 관할권이 동시에 관련되기도 하며, 후자의 경우 여러 국가가 동일한 대상에 대해 관할권 행사 주장을 제기할 수 있다. 이때 국가주권, 국가주권의 평등과 국내문제 불간섭의 원칙을 감안하여 조화점을 강구하여야 한다. ⁴⁸⁾

영토 혹은 자원의 분배 맥락에서 등장하는 국가관할권과 주권은 다음과 같은 몇 가지 논점에서 면밀하게 이어볼 수 있다. 우선 국가의 주권은 각 국가를 동일한 법인격(legal personality)이라고 인식할 때, 그 총체인 국제공동체를 규율할 수 있도록 발전한 국제법의 근본요소다.⁴⁹⁾ 또한 주권은 영토에 대한 영유권이나 영유권에서 파생되는 권리를 뜻하기도 하며, 관습법상 다른 국가의 특정한 동의에 기반하여 행사되는 권한과 특혜를 통칭하기도 한다.⁵⁰⁾ 주권에서는 관할권, 불가침의 의무, 조

45) *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, RIAA, Vol. II (4 April 1928), pp. 838,869.

46) *Customs Regime between Germany and Austria (Protocol of March 19, 1931)*, *Advisory Opinion*, 1931 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 41 (Sept. 5), p. 57, available at http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1931.09.05_customs.htm (last visited on January 20, 2018).

47) *Ibid.*; Christopher Staker, *supra* note 35, p. 309; external sovereignty 가 이 정의에 가까우며, internal sovereignty 는 자결권에 연관된다. Koskenniemi, *supra* note 17, p. 240.

48) 정인섭, *supra* note 38, p. 208; Malcolm N. Shaw, *International Law: Seventh Edition* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), p. 469.

49) Crawford, *supra* note 36, pp. 204, 447.

50) 그러나 ‘주권’의 정의와 개념은 다양하기에 종종 국가영토에 관한 법적 권한(competence)가 ‘주권’ 혹은 ‘주권적 권리’로 명명되는 경우도 있음에 주의해야 한다. *Ibid.*, p. 448; 그러나 ILC 등은 국제해양법에서 언급되는 연안국의 ‘주권적 권리’의 성격

약과 국제관습법 내 의무에 대한 국가의 동의에 의지하는 것 등이 추론될 수 있다.⁵¹⁾ 그 다음으로 관할권은 주권의 요소 중 하나이며⁵²⁾, 주권 내에는 관할권을 행사할 권리가 내재되어 있다고도 설명한다.⁵³⁾ 따라서 국가관할권은 외국의 요소가 개입된 상황에서 국가 주권, 혹은 국가의 권력의 외적인 현시(external manifestation)라고 볼 수도 있다.⁵⁴⁾ 그럼에도 불구하고 일국의 관할권 행사, 즉 권리, 자유, 권력 행가 등은 다른 국가의 이익을 침해할 수 있기 때문에 어떤 국가가 주권적 권리로 국가가 원하는 모든 상황에서 관할권을 행사할 수 있다는 것은 아니다. 물론 국제해양법에서는 배타적 경제수역(Exclusive Economic Zone: 이하 ‘EEZ’)와 대륙붕 부분에서 ‘주권적 권리’ 그리고 EEZ 내 ‘관할권’이라는 단어가 등장한다. 하지만 이 두 개념모두 상기 주권에서 파생하기 어렵다고 보거나 주권 자체에 못 미치는 일정한 권리를 지칭하기도 하기 때문에 구체적인 권리와 의무 등은 자체 조문 문언 등을 참고해야 한다.⁵⁵⁾

주권과 관할권의 관계는 국제법에서 어느 정도 일반적인 양해가 있다고 볼 수 있지만, 자원에 대한 주권, 권리, 관할권 논의는 훨씬 다자적이며 혼란을 야기할 여지가 있다. 1962년 12월 UN총회 결의안 제1803호에 등장한 천연자원에 대한 영구주권(Permanent Sovereignty over Natural Resources)은 식민지 시대 종료 후 국가 간 격차를 줄이고, 신

이나 법적 근거에 대해서는 논의가 필요가 없다고 보았으며, 국가의 실행에만 근거한 것은 아니라고 설명한 바 있다. ILC, Yearbook of the International Law Commission 1956, Volume II, Documents of the Eighth Session including the Report of the Commission to the General Assembly, (1957), p. 298.

51) Crawford, *supra* note 36, pp. 447-448.

52) 정인섭, *supra* note 34, p. 194; Crawford, *supra* note 36, p. 456.

53) Frederik Alexander Mann, ‘The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years’, *Recueil des cours en ligne/ Hague Academy Collected Courses* (1984), p. 20.

54) Maria Gavouneli, *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p. 6.

55) 김대순, *supra* note 34, p. 447; ILC는 1956년 대륙붕의 천연자원의 주권적 권리를 설명함에 있어 해저와 대륙붕에 관해서는 기존의 주권과는 달리 천연자원의 개발과 이용에 관한 법 위반의 예방과 처벌에 관련된 관할권이 포함되는 권리라고 설명한 적도 있다. ILC, *supra* note 50, p. 288.

독립국이 자국 내 자원에 대한 주권행사를 주장한데서 파생한 개념이다.⁵⁶⁾ 이는 천연자원에 대한 국가와 국민의 영구주권은 신생독립국 국민의 복지와 해당 국가의 경제개발을 위해 행사되어야 한다는 인식을 전제로 한 것이다.⁵⁷⁾ 이에 따라 천연자원에 대한 점유, 사용, 처분 등에 관해 일체의 영구주권 행사가 가능하고, 외국인의 재산 국유화나 소유권 이전 등에서 보상을 규정하는 등의 내용을 규정했다.⁵⁸⁾ 천연자원에 대한 영구주권은 각국의 영토적으로 한정되는 국내 법적 규범뿐만 아니라 점차 브레튼 우즈 체제를 넘어서는 새로운 경제질서를 재편 시도였고, 국가주권과 경제적 자립 논의를 종합하는 신국제경제질서(New International Economic Order: 이하 'NIEO')와 국제인권법상 자원에 대한 권리 주장을 전개되는데 결정적인 역할을 수행했다.⁵⁹⁾ UN BBNJ회의에서 볼 수 있듯이 이제 개발도상국은 NIEO를 언급하며 해양자원에 대해 폭넓게 공동소유 체제를 주장하는 모습을 보여주고 있으며, 자원주권에 대한 인식은 국제법 발전에서도 실체화되고 있다. 특히 자원에 대한 국가주권 논의는 국제적으로 공유되는 자원에 대해서도 역외관할권의 적용이 가능할지, 아니면 어떤 해양자원이 국제공동체의 자원이라면 관할권을 어떻게 분배해야 할지에 대한 격론으로 이어지기도 한다. 물론 역외관할권의 적용은 국제법적으로 적정한 근거, 예를 들자면 합리성의 원칙(principle of reasonableness)⁶⁰⁾이 뒷받침되어야 한다. 국가관할권 이원의 자원에 대한 법적 규제에 대한 회의가 진행되는 작금에 자원주권 주장은 전통적인 국제법상의 관할권 이론에 대한 리트머스 시험지로 작용하고 있는 것이다.⁶¹⁾

마지막으로 국제법의 틀에서 자원의 분배를 논하게 되는 경우,

56) Daniel Augenstein, 'Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights', *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 3 (2016), p. 672.

57) Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), pp. 82-83.

58) *Ibid.*, pp. 41-49.

59) Augenstein, *supra* note 36, pp. 673-674.

60) Ryngaert, *supra* note 21, p. 152.

61) *Ibid.*, p. 684.

종종 사법이나 국제사법상의 재산권(property right)이나 소유권(ownership) 등의 개념이 수반되기도 한다.⁶²⁾ 영토 내 주권과 물건에 설정되는 소유권 간 비유는 국제법에서도 종종 등장한다.⁶³⁾ 국제법 하 주권은 국가 간 법적관계와 연관되며 이는 각 국가가 자국의 영토 그리고 해당 영토의 자원에 대한 권리를 창설하고 유지하는데 이용된다. 이와는 약간 다른 방향에서 자원을 보자면, 자원은 사법의 재산권 논의, 즉 법인이 유형물 및 무형물에 대해 가지는 권리로서 규율되기도 한다. 따라서 자원에 관해 국제법과 물권법 혹은 재산권은 접점을 가지기도 한다.⁶⁴⁾ 국제법에 의한 국가의 권한의 제한이 국내법상 재산법제의 범위에 영향을 줄 수 있으며⁶⁵⁾, 심해저에 관한 ISA의 해저광물 탐사 및 이용에 대

62) 이와 비슷한 개념으로 국제정의 이론 혹은 세계정의 이론(Global Justice Theory)에서 영역권(territorial right)이 대두하기도 하여 주의를 요한다. 영역권에 (a) 영토내 사람에 대한 관할권적 권리, (b) 영토 내 자원에 대한 관할권적 권리, (c) 자원에 대해 설정한 재산권, (d) 지역 내 주거지, 이동, 시민권 관련 권리를 결정할 권위 등을 포괄시키는 논의도 있다. Cara Nine, *Global Justice and Territory* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 6-7; 또한 Allen Buchanan 등은 영토권을 ‘jurisdictional authority to make, adjudicate, and enforce legal rules within domain’ 이라고 정의하여 혼선을 빚을 우려가 있다. Allen Buchanan, ‘The Making and Unmaking of Boundaries: What Liberalism Has to Say’, in Allen Buchanan and Margaret Moore (eds.), *States, Nations and Borders* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 233; 다만 본 연구에서는 이와 같은 접근이 더 깊은 철학적, 정치학적 분석을 요구한다고 판단하기에 본문에서 다루는 국제공법상 용어와 문언에 집중하기로 한다.

63) Crawford, *supra* note 36, p. 204; Brownlie, *supra* note 39, p. 106.

64) Patrimonial kingdom 의 경우에는 재산권과 같이 다뤄지기도 했지만 이제는 어떤 국가의 영토가 더 이상 국제법상 자국 정부의 사적 재산이 되지 않는가는 비판도 제기된다. 1945년 이후 UN헌장에 자결권(self-determination)의 삽입 등을 근거로 더 이상 patrimonial state는 적법하지 않으며, 현대 주권의 개념은 국민이 영토를 소유하는 개념으로 구분해야 한다는 의견도 있다. Anna Stilz, ‘Why States Have Territorial Rights?’, *International Theory*, Vol. 1, No. 2 (2009), pp. 189; patrimonial sea라는 개념은 주권보다 경제적 관할권 논의에 초점을 맞춘 UN해양법회의에서 등장한 바 있으며, EEZ에 연안국이 일방적으로 설정할 수 있는 여러 주권적 권리가 이와 같은 논의의 연장선상이라고 보기도 한다. José A. de Yturriaga, *The International Regime of Fisheries: From UNCLOS 1982 to the Presential Sea* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pp. 26.

65) *sic utere tuo, ut alien non laedas* 원칙은 국가가 자국의 영토나 공유지에서 다른

한 허가증 교부와 같이 국제공법 테두리 안에서 재산권이 창설되기도 한다.⁶⁶⁾ 추가적으로 대륙붕에 설정되는 주권적 권리의 경우 자원에 대한 광범위한 권한을 가지지만, 여기서 ‘주권적’은 영토주권과는 또 다른 개념임에 유의해야 한다.⁶⁷⁾

만약 해양자원에 대해서도 상기 언급한 국제법에 내포된 사법상의 개념이 도입된다면 국제법에서 국가영역을 취득하는 방법과 권원(title)⁶⁸⁾ 등도 같이 적용될 수 있다. 주권의 내용중 영토에 관해 가지는 법적 권리는 그 권리에 대한 권원을 표시하는 권원에서 온 것이다.⁶⁹⁾ 여기서 주권의 요소 중 하나인 영토 관할권 역시 국내법의 사적 소유권에서 발달했음을 볼 수 있는데, 일례로 국제법상 영토의 취득(acquisition)은 국내법의 재산의 취득(acquisition of property)과 비슷한 면이 있으며, 이에 두 개념이 법적 규범 면에서 어느 정도의 체계성 유사성을 지닐 수 있다.⁷⁰⁾ 또한 앞서 논의한 영토주권 역시 영토나 천연자원에 대해

국가나 환경에 손해를 입히는 활동을 허하지 않는다. Richard Barnes, *Property Rights and Natural Resources* (Oxford: Hart Publishing, 2009), pp. 11-12.

66) *Ibid.*, p. 13.

67) Brownlie, *supra* note 39, p. 107.

68) *Ibid.*, p. 119.

69) Crawford, *supra* note 36, p. 212; 정인섭, *supra* note 38, p. 508.

70) Barnes, *supra* note 65, p. 12; Crawford, *supra* note 36, pp. 212, 216; 물론 이와 같은 접근은 국내법을 국제법의 형성요소로 보는 시각에서 견지할 수 있는 태도일 것이다. 이에 대해 Lauterpacht는 국제법에 사법이 미치는 세 가지 경우를 든 바 있는데, 첫 번째로는 시효(prescription)와 같이 사법에서 온 원칙에 의해 영토를 얻은 국가의 주권문제, 두 번째는 국가 간 정치적 권리나 통치와 관계없이 계약이나 경제적 거래를 할 때, 그리고 마지막으로 개인의 사법적 권리가 조약 등에서 규율될 때를 들었다. 해당 논의에서는 첫 번째 경우에 입각하여 사법상의 개념이 원용될 수 있을 것이다. Hersch Lauterpacht, *Private Law Analogies in International Law*, Ph.D dissertation, London School of Economics and Political Science, ProQuest Dissertations Publishing (1926), pp. 1-2 참조; 그러나 국제법을 사법이나 국내법에서 유추하는 방법론에 대해 비판적인 시각도 상존함을 염두에 두어야 할 것이다. 특히 각국의 공법 중 헌법과 행정법을 국제공법 발전과 정당성 논의에 반영하는 의견도 존재한다. Ellen Hey, ‘Reviewing Implementation of the LOS Convention’ in Alex G. Oude Elferink (ed.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention* (Leiden : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 82-83.

행사되는 경우 재산권과 같은 특징을 가진다.⁷¹⁾ 또한 영토주권에는 재산권과 같이 소유권, 용익권, 관리권, 피해를 끼치지 않을 의무 등이 같이 부착된다.⁷²⁾ 따라서 관할권 이원지역을 어떤 성격의 영역으로 규정하는지에 따라 수역과 하단의 자원에 대한 권리주장도 다르게 펼쳐질 수 있다. 상기 논조에서 관할권 이원지역이 현재에도 공유수역(*res communis*)인지, 그렇다면 공해와 심해저의 자원은 국제공동체(international community)⁷³⁾의 공동의 관심사(common concern)의 프레임으로 설정한 뒤 규제를 논해야 하는 사안인지 혼란이 가중된다.⁷⁴⁾ 특히 기후변화나 생물다양성에 대해서는 공동재산이나 공동유산이 아닌 공동관심사라는 개념을 통해 국제공동체의 이익을 고려해야 한다는 주장도

71) Barnes, *supra* note 65, p. 223; 해저의 석유를 국가의 재산으로 논의한 *Eritrea/Yemen Arbitration*, Award of the Tribunal in the First Stage-Territorial Sovereignty and Scope of Dispute (1998), Report of International Arbitral Awards, Volume XXII, para. 416 참조; 그러나 주권이 소유권(ownership)과는 다르다는 점에 유의해야 한다. *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports (2008), pp. 59, 68, para. 171, 210 참조.

72) 이는 국제법 내 공동영유(condominium), 조차지(leased territory), 지역권(servitude) 등에서도 목격된다. Barnes, *supra* note 65, pp. 229-231.

73) 국제공동체는 다양한 학설과 철학에 기반하여 달리 정의되고 있다. 또한 ‘society’(Gesellschaft)가 개인 집단 간 상호의존성에 집중한다면, ‘community’는 국제체제의 공동이익 혹은 가치를 중시하는 고차원의 일체성으로 볼 수도 있을 것이다. Bruno Simma and Andreas L. Paulus, The ‘International Community’: Facing the Challenge of Globalization, *European Journal of International Law*, Vol. 9, (1998), pp. 268-271; René Jean, Dupuy, *Communauté Internationale et Disparités de Développement: Cours Général de Droit International Public*, (Hague: Martinus Nijhoff, 1991), pp. 23-27.

74) ‘International Community’의 개념은 ‘international society’라는 개념과 혼용되기도 하지만 ‘공동체’는 규범적 성격이, ‘사회’는 상호관련성이 강조된 용어라는 구분도 있다. 또한 국제공동체의 개념은 국제실정법상으로는 VCLT의 *jus cogens*, ICJ의 *obligations erga omnes*, 그리고 ILC 국가책임초안의 제48조 등에서 적용되고 있다. Andreas Paulus, ‘International Community’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (2013), available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1422?prid=EPIL#law-9780199231690-e1422-div1-6> (last visited on 1 October, 2017).

있기 때문이다.⁷⁵⁾ 그러나 국제공동체는 여러 국제법 문서나 판례에서 언급된 바와는 별도로, 기존의 확고한 주권 국가체계를 대체할 수 있는 가능성이 있는지, 국제공동체의 외연을 어디까지 인정해야 하는지, 그리고 만약 국제공동체를 기본으로 국제법적 규제를 마련할 때 공동의 이익(common interest)를 어떻게 정의할 지는 또 다른 산적인 과제를 가져다 줄 것이다.

현재 다양한 국제해양법 및 국제환경법 교과서 편제는 해양다양성과 해양생물자원을 다룸에 있어 국제공동체나 국제사회의 틀보다는 거버넌스(governance), 즉 다양한 행위자와 주체의 상호작용의 선상에서 분석하고 있다.⁷⁶⁾ *Reparation for Injuries* 사건의 권고의견에서는 국제법의 주체가 ‘국제적 권리와 의무를 가지고 국제적으로 소를 제기하여 권리를 지킬 능력을 가진 실체(entity)’로 정의된 데서 그 외연이 국가뿐만 아니라 지역 수산관련 기구나 조직 등도 포함하도록 더 넓게 정의될 수 있음도 가정하고자 한다.⁷⁷⁾ 따라서 관할권 이원지역의 MPA 설정에 있어 다양한 실체의 이익은 차후 거버넌스 개념과 통합적 해양관리(integrated oceans management)라는 발전상을 통해 평가한다. 또한 더 나아가 생물다양성 문제는 국제공동체가 책임을 지는 *erga omnes*적 성격을 지니는 문제라는 주장도 있지만⁷⁸⁾, 본고에서 해당 주장을 고찰하려면 각 연안국의 관할권 및 재산권 기반 논의와 지역수산기구별 협력 역시 참고해야 하는데 있어 제한된 분량에서 이를 정합적으로 분석하기는 어려울 것으로 보인다. 따라서 상기 주장에 대한 분석과 판단은 향후 다른 연구를 통해 진행하고, 본고의 전체적인 주장의 맥락은 통합적 해양

75) Patricia Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law & the Environment*, 3rd edition (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 130.

76) Daniel Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2011), pp. 108-109; Karen N. Scott, ‘Integrated Oceans Management’, in Donald R. Rothwell *et al* (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 488-489.

77) *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J Reports (1949), pp. 180, 185.

78) Birnie *et al.*, *supra* note 75, pp. 129-130.

관리와 해양거버넌스의 틀 안에서 관할권 이원지역의 어업자원 보호와 보존에 관한 MPA와 공해의 자유에 입각한 국가의 어업권리를 조화롭게 공존시킬 수 있는지 그 방안에 대해 고민하기로 한다.

(3) 해양 관할권과 공해의 자유

관할권의 근거인 속지주의의 영토 개념에는 토지 이외에도 해양 영토도 포함된다.⁷⁹⁾ 영해에 관련한 1954년 ILC의 잠정초안과 그 주석에서도 영해에 부속되는 연안국의 권리는 영토주권에서 오는 권리와 그 성격이 같다고 분류했다.⁸⁰⁾ 또한 영해와 공해를 이원화하여 후자는 모든 국가에 적용되는 해양이용의 자유 원칙에 근거한다고 서술하였다.⁸¹⁾ 1958년경 해양법 논의에서도 점진적 해양관할권의 확대에서 '관할권'은 국가관할권 중에서도 연안국의 관할권을 지칭했다.⁸²⁾ 따라서 본 연구에서는 국제해양법상의 국가관할권 혹은 관할권은 국제공법에서 원용하는 관할권임을 전제하고 논의를 진행한다.

국가관할권과 공해의 자유⁸³⁾ 등은 개념상으로는 이질적이지만 그 기원이나 발달사에 있어 접점이 있기에 미리 언급이 필요한 부분이다. 영어의 'jurisdiction'의 어원은 라틴어 '*jurisdictio*', 즉 'the power of administration of justice'라는 뜻을 가지고 있었으며, 초기 국제법학자의 국제해양법 논의는 주로 '처분권'(*dominium*)⁸⁴⁾과 '지배권'(*imperium*)⁸⁵⁾

79) Staker, *supra* note 35, p. 316.

80) ILC, Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 (A/2693), A/CN.4/88, p. 153.

81) *Ibid.*

82) Robert Yewdall Jennings, 'A Changing International Law of the Sea', *Cambridge Law Journal*, Vol. 31, No.1 (1972), p. 34.

83) 판례에 원용된 예시는 다음과 같다. *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports* 1974, para. 50, p. 23; para. 62, p. 28.

84) *Dominium*은 'title'로 번역되고, 'Absolute public ownership of perproperty or territory with the right to control all use thereof' 로 정의된다. *Dominium* 역시 주권의 두 핵심

등 국가의 영역 주권과 연관된 개념을 적용하였기에 초기 해양법 발달과 정에서는 관할권 논의와는 약간의 거리가 있었다.⁸⁶⁾ 특히 해양법 제3차 회의는 주권, 소유권, 관할권, 통치권을 전통적인 해양의 자유에 접목시키려고 시도했지만 어느 정도 혼선의 여지를 남겨놓고 말았다.⁸⁷⁾ 이렇듯 관할권에 대한 전통적인 근거는 UN해양법협약 상에서는 뚜렷하게 드러나지 않으며, 오직 해양에서 국가의 기능의 분배에서 유추할 따름이다.⁸⁸⁾

그렇다면 이와 같은 해양 관할권의 느슨한 규제에 놓인 관할권 이원지역이라 함은 어느 수역을 지칭하는 것인가? 많은 국제해양법 연구에서는 UN해양법 협약 하 관할권 이원 지역을 공해와 심해저로 규정하

성질중 하나다. Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 85; Dominium을 국가 내 재산에 대한 공공소유권으로 설명하기도 한다. Crawford, *supra* note 36, p. 204; 상당히 다층적인 의미를 지니는 용어이므로 이후부터는 원어 그대로 적시한다.

85) *Imperium*은 ‘authority’로 번역되며, the general power of government and administration - one of the two core characteristics of sovereignty 로 정의되고 있다. republican rome에서는 superior magistrate의 권력이 *imperium*으로 지칭되었으며, imperial rome에서는 황제의 확장된 권력에도 *imperium*이 쓰였다. 현재는 정부의 입법 및 집행 권력을 뜻한다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 121; 정부의 일반적인 권력, 행정, 처분권 등을 *imperium*으로 설명하기도 한다. Crawford, *supra* note 36, p. 204.

86) 정인섭, *supra* note 34, pp. 480-481; *dominium*은 소유권, 영유권, 재산권, 처분권으로, 그리고 *imperium* 은 지배권, 통치권, 영역권 등으로 맥락에 따라 다양한 문언으로 나타나는데, 해당 논의에서는 국제법의 주체인 국가의 기본적 구성요소인 영역과 영역주권에 대해 다루므로, ‘처분권’과 ‘지배권’을 차용한다.; Ivan Shearer, The Limits of Maritime Jurisdiction, in Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon (eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), p. 51.

87) *Ibid*, pp. 51-52.; *iurisdictio inhaeret, cohaeret, adhaeret imperio; par in parem non habet iudicium* 라는 국제법 준칙(maxim)은 ‘Legal authority clings to sovereignty, belongs to it, and remains inherent to it; no one passes judgment upon an equal.’ 이라고 해석된다. 즉 한 국가의 주권(위정자) 하 법정은 다른 주권자의 행위에 대해 판단할 권한이 없다는 뜻이다., 이는 피제소인에 대한 관할권의 행사는 재판을 진행하는 주권자에게 묵시적으로는 복속당하는 것이라고 간주하기 때문이다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 149.

88) Gavouneli, *supra* note 54, p. 33.

고 있지만 예외도 존재한다. 물론 FAO 등은 ‘관할권 이원 지역 (Areas Beyond National Jurisdiction: 이하 ‘ABNJ’)’를 공해와 심해저로 명확하게 규정한다.⁸⁹⁾ 공해와 심해저 외에 UN해양법협약 EEZ, 접속수역, 그리고 남극조약시스템(Antarctic Treaty System: 이하 ‘ATS’)의 규제 대상인 남위 60도 이상에 자리 잡은 대륙에 인접한 해역을 포함하는 연구도 있다.⁹⁰⁾ 하지만 UN해양법협약은 각 수역 당 관할권, 주권적 권리, 그리고 이에 부가되는 다른 권리 등을 개별로 규정하였기에, 본고에서는 논의의 일관성을 위해 공해와 심해저만 다루기로 한다.

본 논의의 대상인 공해와 심해저에 관해서는 점진적 해양관할권 확대(creeping jurisdiction) 논의가 쟁점으로 떠오르고 있으나 본고에서는 일부분만을 다루게 된다. 특히 기존의 해양강국이나 원양어로 활동국에게도 기국관할권(Flag State Jurisdiction)⁹¹⁾이나 항만관할권(Port State Jurisdiction)⁹²⁾은 불법어업행위나 해양환경오염 대응조치의 일환으로 이용되어 어느 정도는 부담으로 작용한다.⁹³⁾ 그럼에도 불구하고, UN해양법협약 제91조에 명시된 ‘공해에서 각국이 자국의 선박을 통해 타국 선박에 대해 행사할 수 있는 관할권’인 기국관할권도 국가관할권의 일종이기는 하지만 해양관할권의 확대의 맥락에서 다루는 관할권과는 논의 선상이 다르다.⁹⁴⁾ 기국 관할권은 공해 내 선박충돌이나 항행 사고로 인한 형사절차 및 사법절차 등 형사관할권과는 연관되지만 본고에서 집중적으로 다루고자 하는 MPA 조치에 관련된 쟁점은 많지 않기에 논의선

89)FAO, Key concepts, available at <http://www.fao.org/in-action/vulnerable-marine-ecosystems/key-concepts/en/> (last visited on 15 Feb, 2017).

90) 박수진, 국가관할권 이원지역(ABNJ)에서의 국제해양법질서와 향후 과제: 해양유전자원에 관한 국제레짐 논의를 중심으로, 『慶熙法學』, Vol. 47, No.4 (2012), pp.141-142.

91) UN해양법협약 제90조 참조.

92) UN해양법협약 제122조 참조.

93) Ivan Shearer, ‘Oceans Management Challenges for the Law of the Sea in the First Decade of the 21st Century’, in A. G. Oude Elferink and D. R. Rothwell (eds), *Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses*, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004), p.11.

94) *Ibid.*

상에서 등장하기는 힘들다. 또한 항만 관할권 역시 FAO 등에서 이를 이용하여 불법어선에 불이익을 주는 조치 등이 각광받고 있지만, 이 역시 각국이 자국의 온전한 주권 하에 놓인 항만을 이용하는 조치로 관할권 이원지역의 관할권적 공백을 다루는 작업과는 성격이 다르기에 유의해야 한다.

2. 해양 어업자원의 범위

국가의 권한과 공해의 자유 간 논쟁의 중심이 된 해양자원은 그 종류나 이용 양상도 다양하여 사안별로 자원의 특징을 고려하여 규제함이 옳다. 본고에서는 최근 논의가 많이 되는 광물자원이나 유전자원 대신 '어업자원(fishery resources)'에 집중하고자 한다. UN해양법협약 제63조부터 제68조는 2개국 이상 연안국의 EEZ에 걸쳐 출현하거나 EEZ와 그 바깥의 인접수역에 걸쳐 출현하는 어족, 고도 회유성 어종(highly migratory species: 高度回遊性魚種)⁹⁵⁾, 해양포유동물, 소하성어족(anadromous stocks: 溯河性魚種), 강하성 어종(catadromous species: 降下性魚種), 정착성어종(sedentary species)등을 구분하고 있으며 보존 및 관리에 있어 각기 다른 규율의 적용을 받기도 한다. 하지만 본고에서는 어업자원을 대상으로 한 권리의무와 MPA설정을 위한 여러 방안을 모색하는 것을 목표로 하므로 별도의 언급이 없는 한은 분석 수역에 위치하는 어종을 어업자원으로 인지하기로 한다.

어업자원 분석의 범위에 이어 어업자원의 이용에 관한 국제법 적용은 다음과 같은 기반에서 시도한다. 어업자원의 이용, 즉 '어로행위'

95) 제63조 제1항은 2개국 이상 연안국의 EEZ에 걸쳐 출현하는 공유어족(shared fish stock)을 다루고, 동조 제2항은 EEZ와 그 바깥의 인접수역에 걸쳐 출현하는 어족으로 고도회유성어종, 경계왕래어족(straddling fish stocks) 등을 포괄한다고 본다. Tore Henriksen, 'Allocation of Fishing Rights: Principles and Alternative Procedures', in Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds.), *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries* (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), p. 524.

의 제한은 1609년 제임스 I세의 어로행위 금지 명령과 같이 공해의 자유에 대한 국가의 권력행사 행위⁹⁶⁾기도 하지만, 오늘날에는 남획문제에 맞서 자발적으로 취하는 조치, 혹은 지역적 합의에 의해 지역수산기구가 국제 환경법상 이해를 관철시키는 사례도 종종 다루고 있다. 이에 국제 어업법(international fisheries law)은 어업자원의 보존, 관리, 개발 등을 다루는 규범, 기준, 규칙 등을 총칭하지만⁹⁷⁾, 본고에서는 어업자원을 대상으로 하는 MPA가 논의의 주를 구성하기에 좀 더 총체적인 국제해양법과 국제환경법의 시각으로 분석을 시행하고자 한다.

물론 관할권 이원 지역에서의 MPA 설정을 통한 어업자원의 보존범위의 외연을 산정하는 작업은 여러 어려움에 봉착할 수 있다. 우선은 어로 행위 및 해양 포유류 포획 등에 관해서는 지역수산관리기구 혹은 국제포경위원회와 같은 다양한 조직들이 산발적으로 그리고 점층적으로 자원보호 체제 및 규범을 주장하고 있다. 그리고 어족 자원을 선정함에 있어서는 어업 자원 및 어로 행위, 치어의 분포, 어업인의 대안이 존재하는지 여부를 고루 고려해야 한다는 입법 단계상 난점도 있다.⁹⁸⁾ 본고의 목적은 관할권 이원지역에 MPA를 설정할 때 국제법적 근거가 어떻게 되는지에 대한 이론 및 실행을 살펴보는 것이기에, 실제 집행단계에서 초래되는 세부적인 쟁점은 향후 다른 기회에서 더 깊게 다루기로 한다.

96) Thomas Wemyss Fulton, *The Sovereignty of the Sea: An Historical Account of the Claims of England to the Dominion of the British Seas, and of the Evolution of the Territorial Waters with Special Reference to the Rights of Fishing and the Naval Salute* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2010), pp. 165-166; O'Connell, *supra* note 33, p. 10.

97) Erik J. Molenaar, 'International Regulation of Central Arctic Ocean Fisheries', in Myron H. Nordquist, John Norton Moore (eds), *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation and Fisheries* (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), p. 434.

98) 노화섭, '공해 해양보호구역제도에 관한 국제법적 연구', 한국해양대학교 대학원 박사학위논문 (2010), pp. 256-257.

제 2 장 국제해양법상 국가관할권 이원지역의 법적지위와 어업자원

제 1 절 국가관할권 이원지역의 법적지위와 관할권

국가관할권 이원수역에 대한 규정은 인류의 해양인식과 자원 개발 능력 여하에 따라 변화하여 왔다. 특히 영해 이원수역을 공유수역으로 구분한 뒤, 대상물인 어업자원에 대한 인식 역시 역사적 상황 및 국제정치 정세에 따라 다르게 이해하였다. 따라서 본 장에서는 국제해양법상 국가관할권 이원지역에 대해 관할권과 공해의 자유의 적용이 어떤 변천사를 겪었는지 살펴본 뒤 향후 논의에서 앞으로의 관련 법리 발전상을 유추해보는 것을 목표로 한다. 또한 이와 같은 변화를 겪으며 초반에는 각국이 추구하는 가치 중 어업 가능성과 어업 이익을 국익과 국력의 일환으로 보았기에 ‘안보’와 ‘위신’의 중요도가 높았으나, 점차 해양환경 및 해양생물다양성에 대한 연구 및 지속가능한 이용에 대한 인식이 형성되어 ‘지식’과 ‘효율’ 등에 관한 고려가 개입하기 시작하는 부분도 목도할 수 있을 것이다.

상기 목표를 위해 우선 제1절에서는 1982년 UN해양법협약 성안 이전에 관할권 이원수역의 법적 지위와 해당 수역 내 어업자원의 규제 변화에 대해 대략적으로 살펴본다. 그 뒤 제2절에서는 1982년 UN해양법협약의 공해 체제와 심해저 체제를 분석한다. 특히 어업에 있어 기존의 공백을 많이 메꾼 1995년 UN공해어업협정과 심해저 체제의 ‘인류공동의 유산’ 부분을 담고 있는 1994년 제11장에 대한 이행협정은 향후 BBNJ회의의 결과물인 이행협정 논의에도 중요한 참고점이 될 것이다.

1. 공유수역(*Res Communis*)

(1) 공해와 공유물 법리의 적용

우선적으로 공해와 공유물 법리 논의에 필요한 주요 개념을 정리해보자면 다음과 같다. 재산권(property right)은 소유권(ownership)의 권리라고 여겨진다.⁹⁹⁾ 해양법에서 해양재산권은 어업자원, 가스 저장고, 석유와 같이 유형의 재산도 있지만, 무형으로 수익이나 소득을 창출하는 어업권 등이 있다.¹⁰⁰⁾ 그리고 자원이 소재한 영역에 설정된 주권적 권한(jurisdictional authority)에서 소유권이 도출된다.¹⁰¹⁾ 해양에 대해 설정할 수 있는 소유권 체제는 대략 네 가지 정도로 분류될 수 있는데 첫 번째는 무주지 혹은 무주물(*res nullius*: open access)¹⁰²⁾, 즉 ‘nobody’s property’로써 그 어떤 국가도 주권을 선포하거나 행사하지 않은 영토 또는 해양을 의미한다. 무주지에는 배타적인 권리가 생성되지 않으며, 자원 관리의무도 생기지 아니한다. ¹⁰³⁾ 두 번째로는 개인소유권에 근거한 개인소유물 (*res privata*: private ownership)이다.¹⁰⁴⁾ 동 체제는 해당 수

99) 재산권의 성질은 possessory (proprietary), use, exclusionary, disposition으로 구분되기도 한다. Gail Osherenko, ‘New Discourses on Ocean Governance Understanding Property Rights and the Public’, *Journal of Environmental Law & Litigation*, Vol. 21 (2006), p. 332.

100) Mark Zacharias, *An Introduction to Governance and International Law of the Oceans* (New York: Routledge, 2014), p. 296.

101) 소유권의 종류에는 right to access, right to extract resource (withdrawal), right to transform a resource (management), right to sell resource (alienation), right to obtain proceeds from the sale of a resource (value-retention) 등이 있다. Nine, *supra* note 62, pp. 8, 142; 우리나라 민법에서 소유권은 사용·수익·처분을 다루며, 어업권의 경우 준점유의 대상이 된다. 김준호, 『민법강의:이론·사례·판례』, 제23판 (과주: 법문사, 2017), pp. 586-587.

102) *Res nullius*는 ‘nobody’s thing’으로 번역되며 (1) A thing without substance or otherwise lacking a relevant and import quality. (2) Property currently unowned by any person or by any sovereign power. (3) Property incapable of ownership by any person (<-> *Res privatae*). (4) A thing or person lacking rights or obligations 등의 다양한 뜻을 가진다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 253.

103) Zacharias, *supra* note 100, pp. 32-33.

104) *Res privatae*는 ‘private thing’으로 번역되며 (1) personal or real property owned by private persons. (2) Personal or real property capable of ownship by private

역 내 자원에 대해 배타적, 그리고 이전될 수 있는 권리를 설정하며, 단지 사회적으로 용인되지 않는 사용을 하지 않을 책임을 지는 의무 정도만이 뒤따른다. 세 번째 형태로는 공유물 혹은 공유지(*res communis*; common ownership)¹⁰⁵⁾가 설정될 수 있는데, 이는 특정 집단이나 개인 사용자가 가지는 소유권 체제로 어떤 자원이나 수역에 관해 집단적 권리(collective right)를 설정하게 된다. 그리고 마지막 네 번째로는 공적인 소유를 다루는 공적소유물(*res publicae*; public ownership)¹⁰⁶⁾인데, 국민 대신 국가가 국제협정, 조문 등을 통해 직접적으로 자원을 관리하는 체계다. 지금까지의 기본적인 개념을 바탕으로 관할권 이원지역의 법적지위에 대한 발전사를 살펴볼 수 있다. 특히 현재 공유물의 문제를 내포하고 있는 공해의 범위와 법적지위의 변화양상을 시대별로 분석하다보면 국제법 발전사 국가와 국제사회가 견지한 해양에 관한 인식과 대응 법리의 변천사를 확인하고 현시점에 적합한 법리가 어떤 것인지 고민할 수 있게 될 것이다.

인류의 해양환경 이용은 대략 164,000년 전으로 거슬러 올라갈 수 있지만 해양 영유권과 공유물의 법리는 로마법에서 구체화되기 시작하였다. 특히 공유지는 로마사법에서 기인하여 훗날 법리의 시초가 되었다.¹⁰⁷⁾ 동로마제국의 유스티니아누스(Flavius Petrus Sabbatius

persons 라는 개념이며 *Res coronae*, *Res nullius*, *Res publicae*, *Res universitatis*와 반대된다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 254.

105) *Res communis (omnium)* 은 ‘Thing of the (entire) community로 번역되며 *Res communes (omnium)*은 혼한 *Res communis (omnium)*의 오탈자다. 인류의 공동유산은 어느 국가의 주권이나 독점이 가능하지 않으며, 이에는 공해, 남극, 혹은 우주물에도 적용된다는 설명이 주를 이루고 있다. 특히 공해에 대해서는 2006년에도 언급된 바 있다. *Barbados v. Republic of Trinidad & Tobago*, Permanent Court of Arbitration., Award of 11 April, 2006 (2006); 시민법에서는 private ownership의 대상이 될 수 없는 public good을 통칭하며 예로는 공기 등이 있다. Fellmeth, Horwitz, *supra* note 84, p. 250.

106) *Res publicae* 는 ‘public thing’; personal or real property owned by the government or the public as a whole로 정의되며 공원, 큰 수역, 고속도로 등의 예를 들고 있다. Fellmeth, Horwitz, *supra* note 84, p. 254.

107) Richard Barnes, ‘Flag States’, in Rothwell *et al*, *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University, 2015), p. 305; Michaela Young, ‘Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea’, *Ocean*

Justinianus) 황제의 법학제요(Institutiones) 제2권 제1장의 물건(res)¹⁰⁸⁾의 분류는 개인의 재산이 될 수 있는 물건(res in nostro patrimonio)과 될 수 없는 물건(res extra nostrum patrimonium)이 있는데, 법학제요에 따르면 해양은 후자에 속하며, ‘어느 누구에게도 속하지 않는’ 무주물(res nullius)의 초시가 되었다.¹⁰⁹⁾ 이후 무주물 이론에 따르면 서구국가의 기준에서 유럽문명기준에 이르지 못하는 국가에 대해서는 해당 지역을 무주지라고 상정하고, 그 다음으로 발견, 항구적인 정착, 관할권 행사를 통해 실효적 점유 요소를 갖추면 국제법상 영토취득의 권원으로 인정받는 선점을 통해 법적으로 해당 주권자의 배타적인 소유권이나 관할권이 미치는 영역으로 전환할 수 있었다.¹¹⁰⁾ 실제로도 해저 어업활동에 관

Development & International Law, Vol. 47, No. 2 (2016), p. 180.

108) Res는 (1) thing, (2) property, (3) Subject for matter 로 번역된다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 249.

109) 이창위, ‘해양관할권의 확대에 의한 해양강대국과 연안국의 대립: 영해제도의 역사와 현대적 의의를 중심으로’, 『동북아역사논총』 제34호 (2011), p. 333; 성중모, ‘유스티니아누스 법학제요 한글 初譯: 제2권 번역과 注釋’, 『법사학연구』 제45호, 한국법사학회 (2012), p. 136; *Res extra nostrum patrimonium*은 *res communes*, *res publicae*, *res universitatis*, *res nullius* 등이며, 원문 중 해양이 자연법에 의해 공유되며, 해안의 소유가 무주(無主)인 것으로 이해된다는 부분은 다음과 같다.

TIT. I. DE RERUM DIVISIONE. [...]

I. Et quidem naturali *iure communia* sunt omnium haec : aer, aqua profluens, et *mare*, et per hoc litora maris, nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt iuris * gentium sicut et mare.[...]

(5.) Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris, et ob id quibuslibet liberum est casam ibi imponere in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mari deducere. proprietates autem eorum potest intelligi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel arena. available at https://archive.org/stream/institutesofjust00abdyuoft/institutesofjust00abdyuoft_djvu.txt (last visited on 1 November, 2017);

물론 상기 발췌부분은 ‘*res nullius*’라는 단어를 명시한 것은 아니지만 고전 라틴에서 nullus 라는 표현은 그 자체로 ‘res’가 함축되어 있다고 봐도 무방하다는 설명이 존재한다. Andrew Fitzmaurice, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp. 53-54.

110) *Res nullius naturaliter fit primi occupantis*, ‘nobody’s thing naturally belongs to the first occupier’ 역시 유스티니아누스의 학설 4I.1.3에서 발췌된 것이다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 253.; 최태현, ‘인류의 공동유산개념의 법적 의미’, 『법학논총』 Vol. 14 (1997), p. 199.

해 무주지 이론을 적용하여 조업활동을 시행하는 경우도 있었다.¹¹¹⁾ 하지만 만약 관할권 이원수역에 대해 무주물 이론을 적용한다면 기술력이나 행정력을 구비한 국가가 주도적으로 영역을 취득하게 될 것이다. 예를 들자면 베네치아 등은 아드리아해 전부에 주권을 선포하고 동 해안을 이용하는 외국선박에 공물을 요구하였으며, 제노바 공화국 역시 리구리아해, 덴마크와 스웨덴 역시 발트해에 대한 통제를 시도하였다.¹¹²⁾ 16세기 들어서는 더욱 더 심화된 주권 주장이 전개되었는데 스페인과 포르투갈이 비유럽 세계의 해안에 대한 권리다툼 끝에 교황 알렉산데르 6세에게 해양수역을 나눠달라는 요청을 한 적도 있을 정도였다.¹¹³⁾ 상기 상황 및 인식은 각국이 배타적인 이익을 강하게 고려하는 경향으로 정리해볼 수 있으며, 특히 영토나 영해에 관한 안보 가치, 그리고 비유럽 세계에 대한 권리 주장에서 오는 위신 가치 등이 포괄적 가치를 압도하는 형상이다. 이에 대한 반향으로 다른 유럽 국가에서는 공해의 관할권에 대한 심층적인 논의를 진행하기 시작하였고, 공유물 혹은 공유지 개념이 점차 부각되기 시작했다.

공유물(*res communis*)이란 첫 번째로 전유가 불가하며, 모든 이가 공평하게 사용할 수 있는 것으로, 각 국가가 지분을 가지되, 해당 지분에 대한 분할청구권을 가질 수 있다는 개념이다.¹¹⁴⁾ 즉 국제법에서 공해가 집단이나 개별 국가에 의해 선점 취득의 대상이 될 수 없다는 것이다. 혹자는 국가들로 이루어진 국제공동체 전체의 공동 소유로 인지하는 개념으로 바라볼 수 있다고 주장하기도 한다.¹¹⁵⁾ 하지만 공유물 이론의

111) Bradley Larschen and Bonnie C. Brennan, 'Common Heritage of Mankind Principle in International Law', *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 21 (1983), p. 314.

112) 교황의 교서와 1494년 토르데시야스 조약(Treaty of Tordesillas)를 근거로 스페인은 대서양, 멕시코만, 태평양 내 배타적 항해권리를, 그리고 포르투갈은 인도양에 대해 비슷한 주장을 펼쳤다.; Charlotte Ku, 'The Concept of Res Communis in International Law', *History of European Ideas*, Vol. 12, No. 4 (1990), pp. 460-461.

113) *Ibid*, p. 461.

114) 박찬호 and 김한택, 『국제해양법』 제3판 (서울: 와이북스, 2016), p. 131.

115) Yehuda Z. Blum, *Historic Titles in International Law* (Dordrecht: Springer, 1965), chapter 61: The impact of the principles of the freedom of the high seas on

경우에도 기술선진국들이 관할권 이원영역에 관해 주권을 주장할 수는 없더라도, 자원을 개발하여 독점을 할 가능성은 잔존한다. 또한 이런 형태의 개방적인 접근 허가는 경쟁적인 선착순 원칙이 적용되는 결과를 초래할 수 있으며 궁극적으로는 해양생태계에 악영향을 미칠 수 있다. 1648년 베스트팔렌 체제 이후로는 교황과 왕 대신 독립적이고 평등한 주권국가가 유한한 자원을 획득하기 위한 경쟁에 뛰어들게 되었다. 이와 같은 기조에서 국가들은 갈등을 피하기 위해 17세기에 들어서는 해양관할권의 한계, 특정행위 행사 조건 등을 본격적으로 논의하기 시작했다.¹¹⁶⁾ 정책중심적 학파의 시점에서 본다면, 국가들이 고양된 배타적 이익보다 해양 체제의 안정이라는 공동 이익을 추구하기 위해 좀 더 포괄적인 이익을 인지하고, 효율 가치를 재평가하기 시작한 것으로 풀이할 수 있다. 이와 같은 변화는 해양체제에 대한 담론, 즉 17세기의 자유해론(Mare Liberum, 1609)과 폐쇄해론(Mare Clausum, 1629)간 대립으로 격화되었다. 이후 양쪽 사상의 공론 덕분에 현대적인 의미의 해양 이용과 소유권 법리가 포함된 해양 체제가 등장하게 되었다.¹¹⁷⁾

(2) 17세기-19세기: 공유수역의 법적지위 논의

17세기의 해양논쟁의 핵심이 된 부분은 당시 새롭게 대두한 주권(sovereignty)의 개념과 로마법의 선점(occupatio) 간 관계에서 파생했다. 즉, 통치할 권리(jurisdictio)가 해양수역에 대한 소유권에서 기인하는지, 아니면 이와 별도로 존재하는지가 논점이 된 것이었다.¹¹⁸⁾ 특히 해당 논의는 영해 이원의 수역에서 국가가 어떤 권리나 의무를 가지는지 논의

the formation of maritime historic rights 참조; 이러한 인식의 배경에는 Jeremy Bentham의 공리주의 인식, 즉 어떤 행위가 어떤 행위자의 효용에는 부정적인 영향을 줄 수 있더라도, 전체적인 공동체의 행복을 증가시키는 것이라면 효용 또는 공리의 원칙과 부합한다고 보는 시각이 거론되기도 한다. Barnes, *supra* note 65, p. 40.

116) Shearer, *supra* note 93, p. 51.

117) Zacharias, *supra* note 100, p.32.

118) O'Connell, *supra* note 33, pp.14-15.

하는 데 있어 중요한 시발점이기에 상기 논의가 어떻게 발전하였는지 가늠하고, 현재 관할권 이원 수역의 어업질서가 어떤 과정을 걸쳐 형성된 것인지 이해하는데 기여할 수 있다.

우선은 17세기에 촉발된 자유해론과 폐쇄해론 담론에 내포된 해양관할권과 지배권(*imperium*) 및 처분권(*dominium*)의 관계를 분석한다. 네덜란드는 항행 및 어획의 자유를 표방하는 휴고 그로티우스(Hugo Grotius)에 힘입어 자유해양론의 토대를 형성했다. 그로티우스는 네덜란드 동인도회사 변호를 맡았을 때, 동인도와 통상을 배제하려는 포르투갈에 대한 반론을 담은 『자유해론(Mare Liberum)』을 저술하였다. 그로티우스는 해양이 사적 재산권으로 포섭되지 않고, 특정 연안국이 해양에 대해 어업이나 항해에 대한 권한을 가지지 않기에 모든 국가가 자유롭게 이용할 수 있으리라 주장하였다.¹¹⁹⁾ 특히 그로티우스는 사적 재산권이 설정될 수 있는 요건으로 두 가지를 들었다.¹²⁰⁾ 그중 첫 번째는 소유하거나 선점(*occupatio*)에 근거해야 한다는 것이었고¹²¹⁾, 둘째로는 사적 재산권은 자연적으로 무한정하지 않아서 인류가 자원의 획득 경쟁에 나서야 하는 경우, 즉 고갈되는 자원에 한해서 설정될 수 있다고 보았다.¹²²⁾ 그러나 해양은 유동적이기에 한계를 도출하기 쉽지 않으며, 자원이 재생산되며 고갈되지 않기에 만 혹은 해협과 같은 예외를 제외하고는 항해와 어업에 관해서는 만인에 의한 이용이 가능하다고 보았다.¹²³⁾ 그렇기 때문에 해양은 특정한 국가 혹은 사인의 점유 및 전유의 대상이 되

119) Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas or The Right Which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade* (Trans. Ralph Van Deman Magoffin), Carnegie Endowment for International Peace division of International Law, p. 28.

120) *Ibid.*, p. 27; 원본에서는 Chapter V, p. 28 참조; Robert Feenstra (ed.), *Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009: Original Latin Text (facsimile of the first edition, 1609) and Modern English Translation* (Leiden: Brill, 2009), p. 82.

121) *Ibid.*, pp. 60-61. 원본은 pp. 18-19 참조.

122) *Ibid.*, pp. 61-63. 원본은 pp. 19-20 참조; 이 부분을 인류의 self-preservation 과 necessity 에 의해 설정된 전제라고 덧붙이는 설명도 있다. Barnes, *supra* note 65, p. 174.

123) *Ibid.*; 육지에 의해 폐쇄된 해양 부분은 취득이 가능할 수 있다. Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, (Trans. Francis W. Kelsey), Volume Two, Book II (Oxford: Clarendon Press, 1925) pp. 209-212.

지 않으며, 공유물 혹은 공유 수역이라고 결론내린다.¹²⁴⁾ 즉 자유해론은 공유물(*res communis*)체제에 기반하여 재산권 논의로 해양과 해양자원에 대한 연안국의 권한에 제한을 가한 것이었다.

그러나 한편으로는 공유지와는 다른 전제를 기반으로 공해의 지위와 공해 자원에 대한 법리를 구축한 진영도 존재했다. 스코트랜드의 웰우드(William Welwood)는 연안국의 배타적 혹은 우선적인 어업권을 정당화하고자 하였다.¹²⁵⁾ 이를 위해 네덜란드의 조업활동으로 인해 스코트랜드 조업활동이 타격을 받은 일화를 들며, 해양 자체와는 달리 어업자원이 고갈될 수 있음을 피력하였다.¹²⁶⁾ 이러한 남획의 위험을 경고하면서, 배타적인 소유권이 어업자원의 보존에 필요하다고 설명한 것이다.¹²⁷⁾ 영국의 셀던(John Selden)은 『폐쇄해론(Mare Clausum)』을 통해 해양의 범위를 확정할 수 있고, 어업자원은 유한자원이며 남획에 의해 고갈 가능성이 있음을 시사한다. 또한 국내법에서 주택의 소유자는 곧 벽 안의 공기 역시 소유한다고 보는 예시도 존재하고, 해양을 지리학적인 개체인 섬이나 암석을 통해 해역을 나눌 수 있다고 보았기에 해양의 유동성의 소유에 큰 문제가 되지 않는다고 보았다.¹²⁸⁾ 따라서 해양의 영유도 가능하다고 주장했으며, 영유권의 성립요건으로는 해군력을 이용한 지배, 국가권력의 행사 등 점유의사를 보여주는 외형적 행위를 들었다.¹²⁹⁾ 결론적으로는 Mare Liberum은 *res communis*를 상정한 데 비해,

124) 원본에서는 Chapter V, p. 29 참조; Feenstra, *supra* note 120, p. 83; Young, *supra* note 107, p. 173.

125) William Welwood, *An Abridgment of All Sea-Lawes: Digital Edition* (London, 1613), available at http://maritimelawdigital.com/uploads/PDFs/Welwod-Sea_Laws.pdf (last visited on 1 November, 2017), p. 62; Barnes, *supra* note 65, p. 173.

126) Fulton, *supra* note 96, p. 355.

127) Barnes, *supra* note 65, p. 173.

128) John Selden, *Mare Cluasum, seu De Dominio Maris* (London, 1635), Book I, ch.xxii, pp. 136-141; Renaud Morieux, *Anglo-French Fishing Disputes and Maritime Boundaries in the North Atlantic, 1700-1850*, in Peter C. Mancall and Carole Shammas (eds.), *Governing the Sea in the Early Modern Era: Essays in Honor of Robert C. Ritchie* (San Marino: The Huntington Library, 2015), p. 42; Barnes, *supra* note 65, p. 175.

129) Selden, *supra* note 128, Book I, ch. xxvi, pp. 170-171; Mónica Brito Vieira,

Mare Clausum은 *res nullius*를 가정한데서 발전한 것이었다.¹³⁰⁾ 또한 셀던은 해양에 대한 *dominion* 설정이 법적으로 가능하다고 주장했으며, 영국해에 대한 영국의 주권행사를 정당화하려고 했다.¹³¹⁾ 그러나 점차 여러 국가의 해양활동, 즉 항해와 해양 무역이 활성화되자 연안국가의 주권에 기반한 재산권 설정 논의는 힘을 잃고 그로티우스의 자유해론이 지지를 얻는 모습을 보이게 되었다.¹³²⁾

18세기와 19세기에는 그로티우스가 상정한 해양체제 하 영해의 거리, 즉 국가의 관할권이 어디까지 연장될 수 있는지에 논의가 집중되었다. O'Connell에 의하면 결국 양측의 논쟁은 18세기 초부터 약 250년간 관할권이라는 단일의 범위에 통치권과 소유권이 결합되는 쪽으로 발전하였다.¹³³⁾ 즉 *imperium* 내 통치권과 입법권은, *dominium*에 의해 통치자나 입법자가 소유하는 곳까지 미치므로 양 개념간의 관계를 밀접하게 해석한 것이다.¹³⁴⁾ 이후 바인커스후크(Cornelius van Bynkershoek)는 1703년 저서 『해양영유론(De Dominio Maris Dissertatio)』에서 착탄거리규칙(cannon shot rule)을 제시하였는데, 국가의 영해범위를 포대의 사정거리라는 실질적인 관할권의 행사가 가능한 수역으로 가정한 것이었다.¹³⁵⁾ 즉 연안국의 관할권이 해양으로 투사되는, 즉 해양으로 국가주권을 투영한 것과 같았다.¹³⁶⁾ 착탄거리규칙의 등장하자 당시 해양강대국이

'Mare Liberum vs. Mare Clausum: Grotius, Frietas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas', *Journal of the History of Ideas*, Vol. 64, No.3 (2003), p. 376.

130) Barnes, *supra* note 65, p. 167.

131) *Ibid.*, p. 174.; 이에 비해 그로티우스는 소유권 설정 없이 주권만 해역에 설정할 수 있는 예외를 들기도 한다. Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, (Trans. Francis W. Kelsey), Volume Two, Book II (Oxford: Clarendon Press, 1925) pp. 212-214.

132) Barnes, *supra* note 65, p. 176.

133) O'Connell, *supra* note 33, p. 15.

134) *Ibid.*

135) Tullio Treves, 'Historical Development of the Law of the Sea', in Donald R. Rothwell *et al*, *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 4-5.

136) *Terrae dominium finitur ubi finitur armorum vis* 로 요약되곤 한다. Gavouneli, *supra* note 54, p. 39;

주장하던 광대한 해양관할권 주장은 약해지는 모습을 보이기도 했다. 이어 착탄거리규칙을 지지하며 등장한 갈리아니(Ferdinando Galiani)의 3해리주의는 다양한 국가의 지지를 바탕으로 영해의 무한정 확정을 제어하는 기제가 되기도 하였다.¹³⁷⁾

19세기와 20세기 초엽에는 해군력의 증진과 상업적 이윤의 추구로 인해 영국, 프랑스, 그리고 미국의 식민지 경영이 증대되었고, 따라서 해양자유 원칙을 지지하여 활동기반을 넓히는 쪽으로 이론도 발전하였다. 국가와 정부의 성격에 대한 개념이 재정립되면서 기존의 *dominium*과 *imperium*간 구분 이해도 변했다.¹³⁸⁾ 변화의 배경에는 소유물이 아닌 지배자와 피지배자 간 관계에 기반한 ‘인적관할권’과 육지의 소유권과 연결된 ‘영토관할권’을 구분하기 시작했다는 점이 유효했다. 이와 같은 분리는 *imperium*이 사람에게로, *dominium*은 물건에 행해지는 것이라는 전제로 나아갈 수 있는 것이다.¹³⁹⁾ 특히 어로행위로 인한 수입의 창출은 영토에 의해 부과된다기 보다는 사람, 즉 어부에게 부과되는 경향이 있고, 공해상 어업행위 역시 동류의 예시로 분류된다.¹⁴⁰⁾ 이렇게 되자 각 국가는 자국이 영향력을 행사하는 수역을 영해 범리를 적극 적용하여 확장한 뒤 어업을 진흥하는 전략을 수립했다. 이전의 3해리 영해주의가 보편적으로 받아들여지지 않고 상이한 국가실행이 이어지자 19세기 말 경 해양질서의 재정립을 위해 국제법학회(Institute Droit International)이나 국제법협회(International Law Association)와 같은 민간학술단체의 연구가 개시되었다. 국제법협회는 3해리안 대신 어업이익을 고려하여 영해를

137) Ferdinando Galiani, *De' doveri de' principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso i neutrali* (Napoli, 1782), available at https://www.liberliber.it/mediateca/libri/g/galiani/de_doveri_de_principi/pdf/de_dov_p.pdf (last visited on 1 November, 2017) 참조; Jessup, *supra* note 33, pp. 5-6.

138) O'Connell, *supra* note 33, pp.16-17.

139) Hermann Conring, *Exercitatio Academia de Domino Maris quam divina adsistente gratia sub praesidio* (1676), Thesis I, IV.I., available at https://books.google.co.kr/books?id=v-VAZObr8cC&printsec=frontcover&hl=ko&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (last visited on 1 November, 2017) 참조.

140) O'Connell, *supra* note 33, pp.16-17.

6해리로 확장하자는 결론을 내리는 등 영해확장의 조짐의 분수령이 되었다.¹⁴¹⁾ 국제법 학회도 1891년 논의를 시작하여 1898의 베르겐(Bergen)에서 열린 어업총회(Fishery Congress)에서는 배타적 어업권의 존중을 위시하며 10마일 어업자원 보존수역에 대한 법적 근거를 담은 각서(memorandum)를 제출하였다.¹⁴²⁾ 하지만 이는 시기상조였으며, 그 다음 안이었던 6마일 안 역시 배제되었다.¹⁴³⁾ 이전의 공유지 개념은 유지되었지만 어업에 부착되는 *dominium, imperium* 논의가 변하자 각국이 영해확장을 통한 관할권 확장을 시도한 일련의 흐름이 존재하였던 것이다. 이 부분은 영역성 또는 세력권에 대한 고려가 반영된 것으로 영해 범위에 확장을 중시하는 국가들의 ‘안보’ 및 ‘위신’ 가치 추구가 엿보이는 대목이다. 국제법의 참가주체들은 안보와 위신 가치를 최대한 확장시키려는 시도를 국제회의 회합을 통해 정립하게 된다. 이에 여러 세계 사회과정이 진행되고 관습법이 점차 확립되자 분열적 태세를 보이던 국제해양법이 20세기 이후 성문화 작업에 착수할 수 있는 토양이 되었다.

(3) 20세기 이후 공유지 법리

20세기 이후에는 어로와 항해 기술의 발전으로 관할권 이원지역에서 어업자원을 채취할 수 있는 국가의 절대수가 늘어났고, 이에 형평한 분배가 공유지 논의에 접목되기 시작했다. 즉 Johnston이 강조하는 해양의 이용에 관한 형평-효율성 체계에 대한 논점이 현대 국제해양법에 서서히 도입되기 시작한 것이다. 그러나 기존의 무주물이나 공유물에 관한 이론은 관할권 이원 수역에 대한 접근이나 해당 수역에서 채취하는 자원의 형평한 분배 문제에 대해서 효과적인 방안을 제시해주지 못하였다. 특히 해양과 해양생물다양성을 국제 공공재(global commons)로 보는 접근은 1968년 하딘(Garrett Hardin)이 주창한 바와 같이 ‘공유지의

141) ILC, Report of the Seventeen Conference held at Brussels, Associations for the Reform and Codification of the Law of Nations (1895), p. 104.

142) O'Connell, *supra* note 33, p. 524.

143) *Ibid.*

비극(the Tragedy of the Commons)’로 귀결될 수 있다.¹⁴⁴⁾ 공유수역에서 여러 국가가 조업활동을 전개하는 시나리오에서는 특히 두 가지 문제가 발생할 수 있다. 첫 째는 어업자원의 소유권이나 재산권이 설정되지 않으면 그 어느 어민이 어로활동을 벌여 이익을 창출해도 이를 제지하는 권력이 없기 때문에 모든 참여자가 최대한의 어업자원을 확보하려는 경쟁에 돌입하게 된다.¹⁴⁵⁾ 두 번째로는 상기 남획 문제가 일어나도 이를 규율하는데 높은 거래비용과 집행 비용이 소요된다는 것이다.¹⁴⁶⁾ 그러나 더욱 큰 문제는 공해의 자유인 어업의 자유를 공유지에서 향유하다보면 개별국가의 남획과 파괴적인 어업행위로 인한 이익추구로 생물다양성이 고갈될 수 있다는 결론에 이르게 되는 것이다.¹⁴⁷⁾ 이런 문제를 극복하기 위해서는 공공재의 사유화(privatization)가 요구되지만 이를 개별 국가가 아닌 국제 공동체, 혹은 공해에 어떻게 이식할지는 또 다른 논의를 요하는 바다. 이에 국가들은 공해를 국제법적으로 규정함에 있어 기존의 공유지 개념에서 벗어나 이익을 진작시키는 동시에 지속가능성을 담보할 수 있는 다른 형태의 개념을 주장하게 되었다.

공해를 공유지로 보는 인식의 대안으로는 국제공역(*res extra commercium*)도 제시된 바 있다.¹⁴⁸⁾ 공유지는 관할권 이원수역이 국제법

144) Garrett Hardin, ‘The Tragedy of the Commons’, *Science*, Vol. 163, No. 3859 (1968), p. 1245; Hardin은 모두에게 개방된 목초지를 배경으로, 합리적인 의사결정자인 목동이 과잉 방목으로 인한 목초지의 손실을 고려하기 보다는 본인이 목초지에 더 많은 가축을 풀어놓아 이익을 추구함을 전제한다. 따라서 모든 목동들은 목초지에 방목하는 가축의 수를 무한정 늘리게 되고, 이 체제 하 피국에 이르게 됨을 지적한다. 이에 대한 게임이론을 이용한 설명과 국제법적 적용은 박현석, ‘國際慣習法 形成의 게임이론 模型’ 『국제법학회논총』, Vol. 55, No. 4 (2010), p. 54-55 참조.

145) Barnes, *supra* note 65, pp. 2-3.

146) *Ibid.*

147) 그러나 이와 같은 예상결과와 달리 외부적 압력이나 각국의 상황에 따른 국제적 흐름에 의해 국제 수산자원 협력이 일어난다기보다는 수산자원이 재생가능한 갭생자원이 라는 특성에 기반하여 국가들이 담합하여 수산자원 보존 협력이 취해질 수 있다는 주장도 있다. 이에 대한 경제적 비용편익관계 증명과 분석은 김은채, ‘갭생자원의 다자간 협력의 정치경제: 수산자원의 경우’, 『수산경영론집』, Vol. 39, No. 1 (2008), p. 129.

148) 현대 해양법에서 공해는 단일의 국가 혹은 공동의 국가에 의한 독점이 불가능함을 설명하며, 공해가 *res extra commercium* ‘혹은’ *res communis* 라고 설명하기도 한다.

하 모든 국가의 공동 주권 하 공유되는 것, 즉 공동소유되는 것 이라고 보지만, 이러한 개념의 진정한 예시는 찾아보기 힘들다. 이와 같은 한계를 극복하기 위해 국제법 하 영토주권 하에 놓이지 않는 로마법 법리인 무주지와 국제공역 개념중 후자를 이용하여 공해를 분류하기 시작했다.¹⁴⁹⁾ 국제공역은 사법상의 불용통물과 같이 소유의 객체가 되지만 거래는 금지된다.¹⁵⁰⁾ 물론 공유물과 국제공역 모두 전유, 공동사용, 이익의 취득 등은 가능하지만 국제공역은 상거래의 대상은 되지 않는다. 국제공역은 소유권의 대상이 되지 않으며, 실제 예시로는 공공서비스를 위한 재화 등이 이에 포함된다.¹⁵¹⁾ 국제공역은 공유지 개념보다 관할권 이원수역에 적정한 특징을 많이 가지고 있지만, 학자들마다 조금씩 다른 방법으로 명명하기도 하는 경향을 보였고, 명확하게 쓰인 예시가 부족한 개념이라는 한계점을 가지고 있다.¹⁵²⁾ 1982년 UN해양법협약의 주석 등에서 지속적으로 공유지가 언급되는 점을 감안한다면, 국제공역의 적용은 그다지 폭이 넓지 않은 것으로 보이기도 한다.

그 외에도 우주법의 달조약 등에서는 인류의 공유물(*res communis humanitatis*)와 공공물(*res publicae*) 등이 등장한 바 있다. 인류의 공유물은 우주공간과 자원에 대한 자유로운 접근을 허하는 대신, 활동을 전개하는 국가는 활동에서 나온 이익을 개발능력이 없는 국가와 공유할 의무를 진다고 본다. 특히 국제공역(*territorium extra commercium*)과 인류공역(*territorium commune humanitatis*)은 두 개념 모두 그 어느 국가도 모두 영토적으로 독점할 수 없다는 공통점은 가지지만, 국제공역이 소극적 개념이라면 인류공역은 좀 더 적극적인 개념이다.¹⁵³⁾ 국제공역을 적용하면 평시에 국가가 타국의 배, 항공기 등의 배타

Crawford, *supra* note 36, p. 297.

149) Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 80; Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 251.

150) 박찬호 and 김한택, *supra* note 114, p. 131-132; Yehuda Z. Blum, *Historic Titles in International Law* (Hague: Martinus Nijhoff, 2012), p. 116 참조.

151) Sompong Sucharitkul, 'Évolution Continue d'une Notion Nouvelle le Patrimoine Commun de L'Humanite', *Golden Gate University School of Law Publications*, Paper 668 (1989), p. 8; Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 251.

152) Brownlie, *supra* note 39, p. 169.

적인 준영토관할권을 존중시 천연자원의 독점도 가능하다.¹⁵³⁾ 하지만 인류공역의 경우는 인류의 공동유산과 같이 국제공동체 (혹은 체약당사국)가 자원의 관리, 이용, 분배를 결정하는 것이다.¹⁵⁴⁾ 공공물 법리는 공동체로부터 허가가 있어야만 소유하거나 이용할 수 있는 공동재산을 의미한다.¹⁵⁵⁾ 하지만 관할권 이원지역에 공공물을 허하는 주체의 외연을 확장하는 것은 만만치 않은 작업일 것이다. 이는 곧 관할권 이원지역에 대한 국가 간 권한의 범주를 다루는 논의가 선결되어야 하기 때문이다.¹⁵⁶⁾ 물론 우주법의 여러 객체도 관할권 이원지역과 공통점은 있겠지만 UN BBNJ회의에 언급될 정도로 대대적인 지지를 얻은 대안 법리는 아닌 것으로 사료된다. 결과적으로는 20세기 여러 대안적 논의의 등장에도 불구하고 이후 해양법 성문화 작업에서는 여전히 공유수역이 개념이 관할권 이원수역에 적용되었다.

2. 공유수역내 어업자원의 법적 성격

공유지에 관해서는 앞서 정립된 공유수역 개념이 어느 정도 명맥을 잇게 되었으나, 해양자원이나 특히 어업자원에 대해 직접적으로 어떤 권리를 설정할지에는 이후에도 여러 발전 사항이 있었다. 그로티우스는 공해는 공유수역으로 보았지만, 어류자원과 같은 천연자원은 무주물 (*res nullius*)로 분류하여 독점하는 경우 사적 소유권을 창설할 수 있다고 보았다.¹⁵⁷⁾ 이에 기반하여 관할권 이원수역의 자원의 경우 소유

153) Cheng, *supra* note 149, pp. 323, 339.

154) *Ibid.*

155) *Ibid.*

156) Barnes, *supra* note 65, pp. 182-183.

157) McDougal 과 Burke의 경우도 어업자원에 대해 공동의 이익을 국제화하자는 논의를 서두에 배치함에도 불구하고, 공해내 어업자원에 대한 배타적인 입법관할권이 있는지, 그리고 정책을 적용할 수 있는지는 아직 불분명하다고 적시하였다. Myers S. McDougal and William T. Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea* (New Haven: Yale University Press, 1962), pp. 2-3, 36-37, 40-43.

(proprietary) 관계에서 논의되었다.¹⁵⁹⁾ 국가는 자원에 대한 관할권을 행사한 것은 아니지만, 국가의 국기를 게양한 선박에 대해서만 관할권을 행사하는 구조였기 때문에 경쟁적인 어업자원이용에 따른 해양 환경파괴는 예견된 결과였다.¹⁶⁰⁾ 이후 여러 해양법 성문화 과정에서 어업자원의 법적 성격을 규정하는 과정을 거치게 되었고, 점차 해양환경과 결부지어 관리할 수 있는 기틀을 마련하게 되었다. 다른 말로 풀어보면, 기존에는 각국이 인식하는 어업자원이 ‘부’나 ‘행복’의 관점, 즉 생존에 직결되는 자원이나 새로운 어업자원 개발 관념에 한정되었다. 하지만 국가들이 어족자원의 새로운 가치와 효용을 해양환경의 보존 맥락에서 인식하기 시작하자 ‘지식’이나 ‘효율성’ 등 새로운 가치추구 체계의 맹아가 보이기 시작했다. 세계 사회과정의 참가주체의 가치 인식체계의 변화는 곧 공동의 이익에 대한 인식에도 변화를 미치며, 결국 권위적이고 지배적인 의사결정의 과정을 거쳐 법으로도 나타날 것이다. 이에 공유수역인 관할권 이원수역의 어업자원에 대해 국제법적으로 어떻게 규정이 변화하여 왔고, 현재 법적 공백이 있는지 검토한다.

(1) 1958년 제네바 회의와 어업자원

1930년에는 국제연맹 하 헤이그 국제법편찬회(Hague Codification Conference) 제2위원회에서 다양한 수역을 설정하고, 영해내

158) Hugo Grotius, *De Jure Praedae Commentarius*, G.L.Williams and W.H. Zeydel (trans.), Volume 1: A Translation of the Original Manuscript of 1604 (New York, William S. Hein & Co., Inc, 1995), p. 231; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, M.J van Ittersump (eds.). Natural Law and Enlightenment Classics, (Indiana: Liberty Fund, Inc, 2006), p. 322,

159) Vaughan Lowe, ‘Reflections on the Waters: Changing Conceptions of Property Rights in the Law of the Sea’, *International Estuarine and Coastal Law*, Vol. 1, No. 14 (1986), p. 4.

160) Edward J. Goodwin, ‘Threatened Species and Vulnerable Marine Ecosystems’, in Donald R. Rothwell *et al.* (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2015), p. 803.

연안국의 권리와 의무를 설정하려는 시도를 하였으나 통일된 지침 합의에 이르지 못했다.¹⁶¹⁾ 지델(Gilbert Charles Gidel) 등은 배타적 어업의 정당화 근거가 국가 경제 내 중요정보보다 조업지역 인구의 어업의존성 등 좀 더 인권을 고려하는 대의 위주의 논의로 넘어갔음을 지적하였다.¹⁶²⁾ 또한 그는 논의가 점차 어업 자체 수역의 설정으로 나아가고 있다고 보았다. 하지만 지델이 의도한 바는 상기 이유로 어업 수역의 한계를 일국이 일방적으로 확장할 수 있는 근거를 설정할 수 있다는 뜻은 아니었고, 연안국과 원양어업국의 이해를 모두 고려해야 한다고 인식한 것이었다.¹⁶³⁾ 즉 1920년대와 1930년대 논의로는 주권과 관할권 간 구분이 뚜렷하지 않았고, 영해의 외연을 확정하는 데 그쳤다. 또한 1930년부터 첫 유엔 해양법회의가 개최된 1958년까지는 3해리 영해 제안이 아직 큰 지지를 받지 못하고 지지부진하던 반면에 연안국 관할권을 확장하는 논의는 힘을 얻게 되었다. 이러한 경향에 힘입어 국제해양법 논의는 ‘교통과 항행의 통로’로써의 해양보다 ‘천연자원의 이용을 위한 중요한 경제적 수역’이라는 방향으로 전개되었다.

국제해양법 논의가 연안국의 관할권의 확장으로 기울자 1943년 쉘(Georges Scelle)은 ‘domaine public international’을 주창하였으나, 다른 진영에서는 국제사회에서 국가가 어느 정도의 주권을 포기하는 상기 이론의 전제에 반감을 드러내는 등 관할권에 대한 일련의 입장이 고착화되었다.¹⁶⁴⁾ 상당히 모호하게 인식되어오던 국제해양법상의 주권과 관할권 사이 구분 문제는 1945년 트루먼 선언(Truman Proclamation)으로 인해 다시 논의되기 시작되었다. 일본의 알래스카 연어 남획과 멕시코만 인근의 석유에 대한 미국의 권리유무 등이 문제가 되자 미국은 대륙붕의 자원에 대해 “appertaining to the United States, subject to its jurisdiction and control”이라는 표명을 하기에 이르렀다.¹⁶⁵⁾ 이는 기존

161) 이창위, *supra* note 109, pp. 342-343.

162) O'Connell, *supra* note 33, p. 526.

163) *Ibid*, p. 527.

164) Georges Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public* (Paris: Domat-Montchrestien, 1943), p. 275.

165) Lawrence Juda, *Ocean Space Rights: Developing U.S. Policy* (New York:

의 이원화된 해양체제의 자원에 대한 관할권 적용범위에 균열을 생성하는 해석이었다.¹⁶⁶⁾ 또한 당시 영해 범위인 3해리 이원인 공해지역에 보호수역 설정 조치를 취하였다.¹⁶⁷⁾ 이후 여러 라틴아메리카 국가들도 비슷한 선언을 하였는데, 근접수역에 대해서는 구분을 하지 않았기에 새로운 선언이 적용되는 수역에도 주권과 흡사한 주장을 하는 것으로 사료된 바 있다.¹⁶⁸⁾ 특히 트루먼선언에 자극받은 아르헨티나와 멕시코와 같은 국가는 ‘epicontinental sea’¹⁶⁹⁾라는 개념을 원용하며 대륙붕 상부수역에도 주권적 권리를 주장하기 시작하였다. 1947년에는 칠레와 페루가 트루먼 선언과 멕시코와 아르헨티나의 조치에 영향을 받은 국내법 입법을 진행하였는데 이는 무려 해저까지 주권과 관할권을 설정하려는 의도를 내비친 것이었다.¹⁷⁰⁾ 이윽고 1952년 Santiago 선언의 경우 칠레, 페루, 그리고 에콰도르는 당시 국제해양법과는 다른 방향으로 연안으로부터 최소한 200 해리 내 자원에 대해 배타적 주권과 관할권을 가진다고 선언하였다.¹⁷¹⁾¹⁷²⁾ 위와 같은 선언은 전통적인 공해자유에 위협으로 간주되었고,

Praeger Publishers, 1975), pp. 11-14.

166) Proclamation of 28 September 1945, *American Journal of International Law, Special Supplement*, Vol. 40 (1946), p. 45.

167) H.S. Truman, United States Presidential Proclamation No. 2668, Policy of the US with Respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas, Basic Document No. 6. (1945).

168) Schrijver, *supra* note 57, p. 204; 구체적인 예로 1952년 San Tiago Declaration 과 1952 Presidential Proclamation of the Republic of Korea가 언급되기도 한다.; Yoshifumi Tanaka, *A Dual Approach to Ocean Governance: the Cases of Zonal and Integrated Management in International Law of the Sea*, (Farnham, Ashgate Publishing, 2008). p. 3.

169) Tullio Treves, ‘Historical Development of the Law of the Sea’ in Donald R. Rothwell *et al.*,(eds.) *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, (Great Clarendon Street, Oxford University Press, 2015), p 11.

170) *Ibid.*

171) Declaration on the Maritime Zone (Santiago Declaration), Signed at Santiago on 18 August 1952, UN Treaty Registration No. 14758. 본문 중 관련 내용은 다음과 같다.

[...]In view of the foregoing considerations, the Governments of Chile, Ecuador and Peru, determined to conserve and safeguard for their respective peoples the natural resources of the maritime zones adjacent to their coasts, formulate the following Declaration:

이어 1949년 UN 국제법위원회(International Law Commission: 이하 'ILC')에서는 해양 관리에 대한 국제관습법의 성문화 작업에 착수하게 되었다. 173)

ILC는 1956년 UN에 제출된 초안에서는 연안국의 영토에 부속되는 대륙붕에 대해 연안국이 가지는 권리를 규정함에 있어 '주권'이 아닌 '주권적 권리(sov​er​eign rights)'라는 용어를 차용하였다. 이는 국가 영토의 자연적 연장인 대륙붕에 대해서 일국이 가지는 주권 내 시원적으로 향유하는 권리로 인식한 것을 나타내기 위함이라는 주장과, 반대 진영에서는 완전한 주권에 이르지 못하고, 근접수역이나 공해에 영향을 주지 않는 권원이라는 분리​에 의한 것이라는 주장도 제기되었다. 후자의 주장은 1957년 Geneva Convention on the Continental Shelf (1957년 대륙붕협약)의 외교 컨퍼런스에서도 원용되었는데, 연안국이 대륙붕에 가지는 권리를 제2조와 제3조에서는 'sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting it' 이라고 규정하여, 제4조의 케이블 부설권 등과는 다르게 규율하여 주권과 관할권을 분할하려는 시도를 하였다. 또한 동 협약의 제5조 제4항을 보면, 연안국의 관할권 하 수행되는 기구의 설치와 연안국의 영해 경계​확정을 철저히 분리하여 전자가 후자에 영향을

[...] II) In the light of these circumstances, the Governments of Chile, Ecuador and Peru proclaim as a norm of their international maritime policy that they each possess exclusive sovereignty and jurisdiction over the sea along the coasts of their respective countries to a minimum distance of 200 nautical miles from these coasts.

III) The exclusive jurisdiction and sovereignty over this maritime zone shall also encompass exclusive sovereignty and jurisdiction over the seabed and the subsoil thereof. [...]

172) 2014년 판결이 내려진 페루와 칠레 간 해양경계​확정 분쟁에서도 산티아고 선언이 대차 등장한 바 있다. 하지만 ICJ는 이를 국가간 컨퍼런스의 결과물​로만 인식하였지, 해당 문서에서 실질적인 의무나 효과를 인정하지는 않은 것으로 보인다. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, para. 126, p. 668; *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice (Judgment of 27 January 2014), p. 18.

173) James Harrison, *Making the Law of the Sea* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), pp. 31-34 참조.

주지 않는다고 서술하였고, 여기서 주권과 관할권의 분리를 엿볼 수 있다.¹⁷⁴⁾ 또한 이와 같은 성안과정은 1958년 제네바 협약에도 큰 영향을 끼쳤다.

1958년 제네바에서 개최된 제1차 UN 해양법 회의에 앞서 ILC는 회의를 소집하여 잠정적 문언을 작성하였으며, 여기서 해양 관습법의 변천사를 참고할 수 있다. ILC는 1956년 보고서에서 공해의 성격을 규정함에 있어, 제27조의 ‘공해의 자유’하 다음과 같은 주석을 남겼다.

공해가 모든 국가에 대해 열려있다는 국제법의 통상적인 원칙은 본 주제(공해)를 규율한다. 그 어느 국가도 공해의 일정부분을 주권의 대상으로 삼지 아니하며, 따라서 그 어떤 국가도 공해 수역에 관할권을 행사할 수 없다. ¹⁷⁵⁾

상기 주석은 오펜하임(Lassa Oppenheim)이 공해의 자유를 설명함에 있어, 그 어느 국가도 공해를 주권 하에 둘 수 없으며, 따라서 그 어느 국가의 영해가 되지 않고, 입법 및 집행 관할권이 없다고 설명한 점과 궤를 같이 한다.¹⁷⁶⁾ 즉 현재에도 공해의 법적지위는 어떤 국가의 주권 및 관할권의 행사가 인정되지 않는 국제사회의 공동해역(common area)이며, 모든 국가에 개방되어 있는 만민 공유물(*res communis*)의 성격을 가진다. 또한 이는 1958년 공해협약과 1982년 유엔해양법협약을 거쳐 국제관습법으로 인정된 규칙이라 볼 수 있다.¹⁷⁷⁾

위와 같이 관할권 이원수역에 대한 법적 지위가 어느 정도 합의되자 그 다음 안건은 어업자원에 대한 규정이었다. 특히 1958년도 성안과정 논의에서 관할권 이원수역의 법적 성격이 공유지로 확립되어가자, 관할권 이원의 수역과 자원에 대해서는 기존의 해양영토내 자원과는 달

174) Shearer, *supra* note 93, p.54.

175) ILC, Official Records of the General Assembly, Eleventh Session, Supplement, UN Doc A/3159, Chapter III, Part II, Article 27 commentary, para. 1, p. 24.

176) Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 3rd ed. (London: New York: The Lawbook Exchange, LTD, 2005), p. 415.

177) 이석용, 제7장: 공해제도, in 한국해양수산개발원, 『대한민국의 해양법 실행: 유엔 해양법협약의 국내적 이행과 과제』 (서울: 일조각, 2017), p. 260.

리 일종의 잔여 분류와 같이 국제 공유재(global commons) 개념의 적용을 허용하는 흐름이 생성되기 시작했다.¹⁷⁸⁾ 즉 해양영토 이외 해양자원의 법적 성격에 대해서는 공적 소유권 혹은 공동의 소유권, 그리고 사적 소유권으로 규정하려는 논의가 혼재되는 때가 온 것이다.¹⁷⁹⁾ 1910년경까지도 공해 어업에 관해서는 *North Atlantic Coast Fisheries Arbitration*에서 처음으로 공해에 위치한 어족자원이 ‘고갈되지 않는 자원’이라는 인식이 전제되어 있었다.¹⁸⁰⁾ 그러나 점차 공해어업의 특성상 어족자원이 공유재이고, 재생가능한 천연자원이라는 믿음에 균열이 가기 시작했다. 이는 기술의 발전으로 인해 어로행위를 더 공격적으로 수행할 수 있게 된 점도 위기의식에 일조했다. 즉 어업기술의 신장이 해양과 인류 간 관계를 재설정¹⁸¹⁾하기에 이르렀고, 기술의 유무에 따른 형평-효율성 담론도 점화된 것이라고 볼 수 있다. 특히 비규제 어업 딜레마는 *pacta tertiis* 원칙¹⁸²⁾, 즉 국제법의 기본원칙 중 ‘국가는 동의하지 않는 이상 그 어떤 국제법의 규칙에도 구속되지 않는다’라는 믿음과, 경제학에서 흔히 주창되는 ‘free rider’ 문제의 조건을 구비한 데서 기인한다.¹⁸³⁾ 어업기술의 변화가 경제적 고려에까지 영향력을 행사하자, 국가들의 가치체계에서 ‘효율’의 지분이 상승하게 되었으며 결국 권위적이고 지배적

178) Jay L. Batongbacal, ‘The Law of the Sea, Marine Technology, and Global Social Justice’ in Aldo E. Chircop, Ted L. McDorman, Susan J. Rolston (eds.), *The Future of Ocean-Regime-Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston* (Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 400.

179) Tafsir Malick Ndiaye & Rüdiger Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p. 538.

180) *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, Award of the Tribunal of Arbitration in the Question Relating to the North Atlantic Coast Fisheries (7 September 1910), Reports of International Arbitral Awards, Vol. XI, p. 180.

181) Batongbacal, *supra* note 178, p. 401.

182) RFMO와 관련성은 다음과 같은 판례에서 찾아볼 수 있다.

183) Erik Jaap Molenaar, ‘Regional Fisheries Management Organizations: Issues of Participation, Allocation and Unregulated Fishing’, in A. G. Oude Elferink and D. R. Rothwell (eds.), *Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses*, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004), p. 69.

인 의사결정의 과정이 작동하기 시작했다.

그로티우스 시대에 가정했던 재생가능한 어업자원 전제에 변화가 생기자 ILC에서는 공해 체제와 어업을 다룸에 있어 연안국의 관리에 중점을 둔 제안과 국제적인 규범을 설립하자는 안이 모두 제시되었다. 전자의 예로는 1951년 ILC의 특별보고관인 J.P.A. François 가 제시한 대로 ‘모든 연안국은 영해 근처 200 마일에 대해 (어업자원) 고갈 그리고 유류에 의한 해역 오염을 방지할 수 있는 필요한 규제를 선언할 권리가 있다’는 점을 예로 들 수 있다.¹⁸⁴⁾ 이는 일견 한 연안국이 특정 수역에 대해 주변 다른 조업국과 합의한다면, 영해 이원에 대한 입법 관할권을 행사할 수 있도록 여지를 두는 것으로 보이기도 했다. 그러나 특별 보고관은 이러한 제안이 연안국에 특별한 어업권을 수여하는 처사는 아니라고 강조하였다.¹⁸⁵⁾ 또한 몇 번의 부침은 있었지만 1955년 해양생물자원 보존을 위한 국제기술회의(International Technical Conference on the Conservation of the Living Resources of the Sea)의 작업물 등에서도 연안국이 특수한 이익을 수호하기 위해 보존조치 및 프로그램을 입법하고 집행할 권리가 주장되었다. 이러한 진영의 주장 중에는 공해에서 모든 국적 어민이 자유롭게 어업활동을 수행하는 것은 연안국이 보존조치를 마련하여 타국의 공해 어업활동을 규제하는 것을 제한한다고 생각하였고, 과학기술적 증거가 뒷받침된다면 연안국에게 보존조치를 실행할 수 있는 동일한 권한이 주어져야 한다는 의견도 있었다.¹⁸⁶⁾

하지만 당시 ILC에는 연안국의 권한의 관점이 아니라 국제공동체 내 체계로 인식하고, 연안국은 단지 자국의 어민들이 보호 및 보존조치를 수행하도록 감독하는 역할을 주문하도록 하자는 의견도 있었다.¹⁸⁷⁾ 만약 단일 국적의 어부들이 공해 특정수역에서 조업한다면 해당 국

184) Second Report on the Regime of the High Sea by Mr. J.P.A. François, Special: Law of the Sea- régime of the high seas, UN Doc. A/CN.4/42 (1951), p. 88, para. 80.

185) *Ibid.*, p. 91, para. 101.

186) Dolliver Nelson, ‘The Development of the Legal Regime of High Seas Fisheries’, in Alan Boyle and David Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 116.

가가 조치를 취할 수 있지만, 여러 국적의 어민이 동시에 어로행위를 한다면 국적에 따라 각국이 조치를 취하도록 건의하였다.¹⁸⁸⁾ 그러나 다른 국민의 접근을 방해하거나 타국이 어업행위에 종사하는 것을 막는 지역이 설정되어서는 안 된다는 점을 명확히 하였다.¹⁸⁹⁾ 상기 기초에 기반하여 1958년 공해어업 및 생물자원보존 협약의 제3조와 제4조가 생겨나게 되었는데, 특히 공해 내 조업금지 수역의 설정에 대한 명시적인 반대는 논란이 많은 부분으로 남게 되었다. 여기서 더 나아가 1953년에는 허드슨(Manley O. Hudson)의 제안이 들어간 초안에 추가사항이 생겼는데, 영해 이원 100마일 내 수역에 대해서 연안국이나 국가들이 자국민이 해당 수역에서 어로활동을 수행하지 않더라도 해당 수역에 대해 그 어떤 체제나 규제에 참여할 권리를 동등하게 가진다는 점이였다.¹⁹⁰⁾ 그리고 향후 UN하 국제 권한주체가 도입하는 공해어업 체제와 규제에 대해 국가는 받아들일 의무가 있고, 각국의 국민에게도 구속력이 있음을 고안하였다.¹⁹¹⁾ 이와 같이 어업자원의 유한성을 인식한 후 공해수역의 어업자원의 관리주체가 연안국과 국제체제가 경합하였으나, 1958년 제네바 협약의 초안 작성과정에서 더 큰 영향력을 준 것은 국제체제안인 것으로 보인다. 또한 이와 같은 선회를 통해 국제기구가 인류의 공동재산에 대한 권한을 가진다는 점이 확립되었다.

1958년의 제네바 회의에서는 어업에 관한 기본 원칙이 제시되었고, 그중 역지원칙(principle of abstention)은 다양한 반응을 자아냈다.¹⁹²⁾ 해당 원칙은 조업활동은 최대생산량(maximum yield)까지만 행해

187) ILC, Summary records of the third session, Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, (16 May - 27 July 1951), p. 302, para. 111.

188) *Ibid.*

189) *Ibid.*

190) ILC, Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission (1953), p. 213, Article 2.

191) *Ibid.*, Article 3.

192) 해당 원칙은 Pelagic Sealing Convention 1911, 104 BFSP 175; US/Canada Halibut Fisheries Convention 1923, 32 LNTS 94; the US/Canada Convention on Sockeye Salmon 1930, 184 LNTS 305 등의 협약에서 찾아볼 수 있다.

지도록 안정화되어야 하며, 이를 상회하면 어족자원의 양이 줄어든다는 주장이다. 하지만 소련 등은 경쟁적인 공해 어업과 어업량의 감소 간 연결 관계가 약하다고 비판하였고, 자연적인 요소의 참작도 요구하였다.¹⁹³⁾ 또한 다른 진영에서는 경제학자들의 논의를 토대로 공유지의 비극을 해결하기 위한 방편으로 사적 재산권 제도를 어업에 도입하자고 주장하였다.¹⁹⁴⁾ 특히 공유지의 비극의 해결방안으로 공유지를 사유화하고 분할하기 위해 울타리를 치는 인클로저(enclosure) 조치를 어업과 해역에 도입하자는 의견이 부상하기도 했다.¹⁹⁵⁾ 동 제안은 어업자원을 공동의 이해관계 문제로 전제하여 국제법에 의한 공모(complicity)¹⁹⁶⁾를 시도한 것에 비할 수 있다. 그와 동시에 많은 국가가 자국의 연안 해역에서 해외 조업선의 어로행위를 ‘소유권’을 근거로 배제하려는 모습도 보였다.¹⁹⁷⁾ 특히 선박의 접근을 막거나 어업허가증을 도입하여 재산권을 어업 권리에 혼합하는 등 시장경제 논리를 통해 남획 문제에 대응하자는 제안도 있었다. 제네바 회의의 역지원칙에 의거한 일련의 새로운 제안은 효율성 제고라는 믿음 하에 진행되었지만, 공적인 이익을 내포하는 어업의 성격과 어로행위의 사유화간 간극은 좁혀지기 힘들었다.¹⁹⁸⁾ 국내법적 접근에서는 권리기반 어업관리안이 재산권의 형태로 발로하여 소기의 성과를 거둔 예시도 있지만,¹⁹⁹⁾ 국제사회에서 각기 주권을 향유하며 각기 다른 어

193) O’Connell, *supra* note 33, p.529.

194) Barnes, *supra* note 65, p. 5.

195) Sundhya Pahuja, ‘Conserving the World’s Resources?’ in James Crawford and Martti Koskenneimi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 401.

196) *Ibid.*

197) Giorgio Pontecorvo, ‘The Enclosure of the Marine Commons: Adjustmet and Redistribution in World Fisheries’, *Marine Policy*, Vol. 12 (1988), p. 361.

198) Barnes, *supra* note 65, p. 7; 최근에는 객관적 체제를 공해어업 체제에 도입하여 소유권을 설정하고 어족자원을 관리하자는 의견도 대두된 바 있다. Richard Barnes, ‘Entitlement to Marine Living Resources’ in Erik J. Molenaar and Alex G. Oude Elferink (eds.), *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Development* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010), pp. 128-133.

199) 권리 중심 어업관리 체계에서 재산권의 종류는 일반적으로 투입관리(input control)

업정책을 표방하는 국가들 간 같은 접근방법을 적용하기는 어려웠다. 또한 어업의 주요한 문제인 남획이나 경쟁적인 어업행위를 어업에 대한 소유권 혹은 권원 설정으로 대처하는 데는 한계가 있다는 점이 재차 지적되었다.²⁰⁰⁾ 위와 같은 혼선은 국가들이 배타적 이익이 과다하게 추구된 부분과 공동사회의 이익을 규정하기 위해 포괄적 이익이 경합하는 과정을 보여준다. 그리고 가치 인식 면에서도 ‘부’와 ‘행복’ 가치로 대변되던 어업자원이 점차 ‘형평-효율’ 논의로 넘어가는 과도기이기도 하다. 이 부분에서 이익과 가치 간 격돌이 심화됨에 따라 국가들은 어업자원의 지위나 어업행위에 대해서는 공유지의 비극의 해결방안인 권리 설정과 소유권 분배 보다는 국가에 대한 의무 설정도 좀 더 체계적으로 다뤄지는 계기가 되었다.

(2) 1958년 제네바 협약과 해양 관할권

1958년 제네바 제1차 UN해양법회의는 『영해 및 접속수역에 관한 협약』, 『공해에 관한 협약』, 『공해 어로와 생물자원 보존에 관한 협약』, 『대륙붕협약』, 총 4개의 협약을 채택하였다. 이중 관할권 이원지역에 대한 해양 관할권 함의와 어업자원에 대한 새로운 진전사항을 정리하자면 다음과 같다.

과 입하량관리(output control)로 구분될 수 있으며, 전자는 어업행위의 규제를, 후자는 어획량 규제를 목표로 한다. 투입관리에는 어업허가증 발부가 재산권의 제한안으로 제기될 수 있으며, territorial use rights in fisheries (TURFS), stock use rights in fisheries (SURFS), community level development quotas (CDQs) 등으로 구분되기도 한다. 쿼터제는 또한 individual quota (IQ), individual fishing quota (IFQ), individual vessel quota (IVQ), individual transferable share quota (ITSQ), individual transferable quota (ITQ) 등으로 세분화되어 입법되기도 한다. Barnes, *supra* note 198, p. 317.

200) Andrew Serdy, ‘Property Rights in Areas Beyond National Jurisdiction’, in Erik J. Molenaar and Alex G. Oude Elferink (eds.), *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Development* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010), pp. 157-158; Louise A. de La Fayette, ‘Entitlements to Marine Living Resources-Commentary on Richard Barnes’, in *Ibid.*

1958년경 제네바 협약 출범 전 가장 관심을 많은 받은 이슈는 연안국 관할권의 확장이었고, 이에 해양 관할권에 관한 새로운 흐름을 만들어냈다. 이전의 영해 3해리 주장은 이미 1969년도까지 12해리 영해를 입법한 50여개 국가와 심지어는 12해리보다 더 넓은 영해를 규정한 64개국이 상존하던 정세에서 점점 힘을 잃게 되었다.²⁰¹⁾ 이러한 혼재된 영해 규정 속에서 당시 FAO 와 UN은 각기 다른 영해기준이 관할권 행사 가능한 수역인지 판단하지는 못한 것으로 보인다.²⁰²⁾ 1958년 제네바 협약중 『영해와 접속수역에 관한 협약』 제24조는 연안국의 영토 혹은 영해 내 관세, 재정, 출입국 관리 혹은 위생에 대한 법령 (customs, fiscal, immigration or sanitary regulations within its territory or territorial sea)라는 단서를 두어 관할권을 제한하는 모습을 보여주었다. 그러나 다른 측면에서 본다면 이는 공해에 연안국의 역외 관할권 (extraterritorial jurisdiction)을 일정 부분 인정하는 것으로 보인다.²⁰³⁾

1982년 UN해양법협약에는 EEZ가 신설되어 접속수역에 대한 논의는 상대적으로 줄기도 했지만, 제1차 UN해양법회의에서 제닝스 (Robert Jennings) 등도 연안국의 관할권, 공해의 자유 그리고 어업권의 관계에 존재하는 혼란을 감지하였다. 즉 3해리 영해 주창자 중에도 12해리 어업수역을 설정하는 경우가 있었는데, 이 경우 지역협약에 근거한 어업수역이라 하더라도 해당 조치가 어떻게 『공해에 관한 협약』과 합치될 수 있는지는 의문이었다. 당시에 공해는 영해 이원 수역으로 정의되었고, 어업의 자유는 공해의 자유의 중요한 일부분이었기 때문이다. 당시 어업수역은 공해 내 자원에 대한 배타적인 권리 주장임에 동시에, 공해 내 수역에 배타적인 권리를 이행할 관할권을 인정하는 행보로 보이기도 했다.²⁰⁴⁾ 이와 같은 충돌상황에서는 국익에 근거한 결정과 인류의 이익을 고려하는 조치는 같은 방향이 아닐 수도 있으며, 관할권 이원지

201) FAO, 'Limits and Status of the Territorial Sea, Exclusive Fishing Zones, Fishery Conservation Zones and the Continental Shelf (with particular reference to fisheries)', UN FAO Fisheries Technical Paper No. 79 (Rome: December 1968) 참조.

202) Jennings and Watts, *supra* note 34, p. 35,

203) *Ibid.*, p. 36.

204) *Ibid.*, p. 36.

역 내 확장하는 연안국의 해양 국가관할권은 전자에 너무 힘을 실어주는 처사로 비화될 가능성이 있었다. 1958년 『공해에 관한 협약』은 후일 UN해양법협약이 명시하듯 관할권 이원의 수역과 공해가 국제 공유지임을 확인한 바 있으며, 해적이나 노예무역의 경우를 제외하고는 일국이 타국의 선박에 대해 관할권을 행사할 수 없도록 고안하였다.²⁰⁵⁾ 해당 협약은 공해 감시를 양자와 지역약정에 의존하는 경향이 강했으며, 편의치적 문제에 효과적으로 대응하지는 못하였다.²⁰⁶⁾ 이러한 한계는 1960년 영해와 공해 내 어업한계를 안전에 상정하는 계기가 되었다.

제1차 유엔해양법회의에서 채택된 『공해 어로와 생물자원의 보존에 대한 협약』은 공해 어업자원 보존에 대한 국가의 일반적인 권리의무를 규정하려는 시도였다.²⁰⁷⁾ 해당 협약은 어업권과 영해 간 연결을 유지하는 방향을 택하였으며, 이는 해당 협약의 제1조에서 볼 수 있다. 특히 해당 협약의 제2조는 공해의 자유의 하나로 어업의 자유를 명시적으로 규정하였다. 또한 어업자원에 대해 최적지속생산량(optimum sustainable yield)를 규정하여 일정한 수준의 관리체계를 도입하였다. 그러나 제4조에 의하면, 일국이 어획자원 등의 보존조치를 공해 수역에 일방적으로 취할 수는 없고, 해당 공해어업에 이해관계를 가지는 국민의 국가와 협상하여야 할 의무가 주어졌다.²⁰⁸⁾ 만약 6개월의 주어진 기간 합의에 이르지 않는다면 연안국은 일방적인 보존조치를 내릴 수 있고, 반대국은 특별위원회에 이에 대한 이의제기를 할 수 있었다.²⁰⁹⁾ 그러나 이전 경합에서 문제가 되었던 ‘연안국의 특별한 이익’이 조문에 반영되었는데, 그 범위는 규정되지 않아 혼선을 빚기도 하였다. 국가 간 세계 사회과정을 거쳐 탄생한 1958년도 협약은 현대 국제해양법에서 국가들의 변화한 가치 및 이익 인식을 반영하고 있다고 해석할 수 있다. 제1차 유엔해양

205) 1958년 『공해에 관한 협약』 제22조.

206) Rebecca M. Bratspies and Anastasia Telesetsky, ‘Marine Environmental Law: UNCLOS and Fisheries’, in Shawkat Alam *et al.* (eds.) *Routledge Handbook of International Environmental Law* (New York: Routledge, 2015), p. 262.

207) 1958년 『공해 어로와 생물자원에 관한 협약』.

208) 1958년 『공해 어로와 생물자원에 관한 협약』 제4조

209) *Ibid.*, 제7조 제4항

법회의에서 보여진 국가의 가치 및 이익 인식변화 동향은 점차 심화과정을 거쳐 제2차 유엔해양법회의 이후 형성되는 특수한 해양레짐과 어업자원 관리체계의 탄생에 일조하게 된다.

제 2 절 1982년 UN해양법협약과 해양 관할권

1960년대 제2차 UN해양법회의는 그다지 많은 성과를 올리지 못하였지만 앞서 1958년 제네바 협약 내 미정으로 남아있던 많은 쟁점들은-예를 들어 연안국의 공해 수역에 대한 특별한 권리-1982년 제3차 UN해양법회의에서 신설된 EEZ체제에 포섭되었다. 그러나 제3차 UN해양법회의 이후에는 EEZ와 대륙붕의 설정으로 어업에 대한 각국의 권리의무가 더욱 복잡해졌기에 연안국과 원양어업국 간 갈등이 심화되는 양상을 보였고, 정책중심적 학파의 방법론이 상정하는 보편적 법질서제도의 출현은 요원해보이기도 했다. 하지만, 이에 대응하듯 지역적 공적 질서제도는 오히려 공고화되는 모습도 보여주었는데, 21세기 이후 공해어업에 대한 국제적 규제 강화 기조 아래 공해 내 어업을 규제하는 지역수산기구도 증폭한 것이 눈에 띄는 변화양상이다.

1. 공해체제

(1) 공해자유의 원칙

전통적인 공해의 자유는 몇 가지 전제에 기반한다. 첫째, 해양은 사적으로나 국가적으로 영유(appropriation)의 대상이 될 수 없으며, 둘째, 해양의 자원은 고갈되지 않고, 셋째, 일국의 공해의 이용은 다른 국가의 공해 이용을 저해하지 않으며, 마지막으로 해양은 방대한데 비해 이용자는 제한적이기에 인간의 활동으로 해양환경이 파괴되지는 않으리라는 생각이다.²¹⁰⁾ 또한 1958년 『공해에 관한 협약』 제2조는 공해의

자유 네 가지인 항행의 자유, 어로의 자유, 해저전선과 관선 부설의 자유, 공해 상공비행의 자유를 국제법의 일반원칙(general principles of international law)으로 명시한 바 있다.²¹¹⁾ 공해자유 원칙은 국제법의 우선적인 원칙이고, 심지어는 연안국의 배타적인 주권 하에 놓이는 영해도 직선기선을 확정하기 전 영해가 아니었던 부분이 있던 사정이 있다면 이를 감안하여 무해항행권이 존속될 수 있는 것처럼, 일국의 국내법 입법안을 해양의 특정수역에 새롭게 적용시킨다고 해도 공해자유 원칙을 무효화할 수는 없다. 앞서 예로 든 영해의 경우, 국가 주권과 연안국의 관할권이 적용이 되는 객체면서 타국이 향유하는 국제법적 권리에 의해 영향을 받을 수 있는 것이다.²¹²⁾

그렇다면 공해의 자유와 영토주권 및 관할권과의 관계는 어떻게 바라볼 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 공해의 ‘자유’가 무엇으로부터의 자유인지에 대해서는 적극적으로 해석한다면 주권 행사로부터의 자유로 볼 수도 있지만, 혹은 좀 더 암묵적인 자유로 보는 측에서는 각국이 국제법에서 허용한대로 행위해야 하는 규제수역의 특징으로 보기도 한다.²¹³⁾ *Lotus* 사건에서는 공해의 자유가 ‘공해에 대한 영토주권의 부재’로 정의된 점에서 유추해볼 때 공해의 자유와 영토주권을 상호배타적인 관계로 설정한 것으로 보인다.²¹⁴⁾ UN해양법협약 제89조는 공해에 대한 주권주장의 무효를 명시적으로 입안하였으며, 이는 1973년 여러 해양법 성문화 과정 초안에서 공해가 연안국의 주권과 관할권의 대상이 되지 않도록 한다는 점이 여러 차례 건의된 데서 비롯된 것이다.²¹⁵⁾ 그리고 공

210) Schrijver, *supra* note 57, p. 214.

211) UN, Final Act of the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at the European Office of the United Nations, Convention on the High Seas (29 April 1958), United Nations Treaty Series, No. 6465 (1963), p. 84; Crawford, *supra* note 36, p. 298.

212) Jennings and Watts, *supra* note 34, p. 38.

213) Douglas Guilfoyle, ‘The High Seas’, Donald R. Rothwell *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2015), in p. 204.

214) *The Case of the S.S. Lotus*, Collection of Judgments (September 7, 1927), Series A. No. 10, Publications of the Permanent Court of International Justice (1927), p. 25.

215) Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea*

해를 제한하는 근거로는 국제공동체(international community)의 이익을 들고 있다.²¹⁶⁾

공해 어업 자유 혹은 어로의 자유는 원양어업국이 원용해온 전통적인 공해상 자유의 하나로 이미 관습국제법과 조문상 확립된 원칙이지만, 조업기술²¹⁷⁾이 발전하여 어업자원의 고갈 등의 문제점이 발생하자 국제사회 내 공해 어업자유 규제 목소리가 점차 힘을 얻게 되었다.²¹⁸⁾ 그리고 공해 어업자유 제한은 크게 두 가지 측면에서 바라볼 수 있다. 첫 번째는 연안국의 이익보호를 위해 관할권 이원지역 중 인접한 공해에 대해 연안국의 특수한 이익을 수호하는 쪽으로 발전할 수 있으며, 다른 방향으로 국제 공동체의 이익을 위해 공해의 생물자원의 보존을 위한 방향으로 전개될 수도 있는 것이다.²¹⁹⁾ 그러나 특히 유의할 점은 공해의 자유 중 항해의 자유와는 달리 어업권은 공간의 이용(spatial appropriation), 유한한 물건의 취득과 사용(acquisition and exploitation of commodity)을 다룬다는 점이다.²²⁰⁾ 또한 어족자원은 지속적으로 이동하고, 인간이 만든 경계에 머무르지 않으며, 고갈 가능성을 지니고 있기 때문에 공동의 천연자원 재산으로 볼 수 있으며, 해수로부터 분리된 경우에만 비로소 재산권이 된다.²²¹⁾ 공해의 자유 중 어업의 자유, 더 세부화해

1982: *A Commentary, Volume III* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), p. 94, para. 89.3-89.9.

216) ILC, Documents of the Eighth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly, A.CN.4/SER.I/1956/Add.1 (1956), p. 278, Article 27, para. 5; 해양법이 역사적 기능이 공동 이익의 수호와 조정이라는 언급도 이루어진 바 있다. Myers S. McDougal and William T. Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea* (New Haven: Yale University Press, 1962), p. 1

217) satellite transponders, aerial or sea-based electronic surveillance, shore-based tracking station to form a vessel monitoring system 등이 예다.

218) Francico Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 1; 이창위, '공해어업에 관한 분쟁해결 제도의 발전과 전망', 『국제법학회논총』, Vol. 56, No. 3 (2011), p. 155

219) Nelson, *supra* note 186, p. 113.

220) Gavouneli, *supra* note 54, p. 97.

221) *Ibid.*; R. R. Churchill and A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edition, (London: Manchester University Press, 1999), p. 281.

서 옮기자면, 국제어업법의 성문화에는 이와 같은 특수성이 반영되어야 하기에 기타 해양법 규제보다 어려운 점이 산적해있다. 공해라는 공동의 개방된 공간은 연안국의 관할권이 가장 덜 영향을 미치는 부분인데 비하여, 어업자원에 대한 이익은 재산권으로 포섭될 수 있기에 공유지의 비극이 다시금 재발하는 이유가 된다. 어업자원의 이용은 또한 현재와 미래세대의 이익을 위한 귀중한 공유물의 보존과도 직결된다. UN해양법협약 및 향후 공해어업 관련 법제는 법적 그리고 경제적 문제에 봉착하였고, 전통적인 관할권을 존중하면서 국제공동체가 필요로 하는 지속가능성을 모두 고려해야 한다는 난점을 가지게 되었다.²²²⁾

물론 1982년 유엔해양법협약은 1958년 4개 협약을 골자로 하였기에, 제87조 제1항에 전통적인 공해의 자유도 포섭하고 있다. 제87조는 ILC의 1956년 초안 제27조가 규정한 사항이 발달된 바다.²²³⁾ ILC는 1956년에 이미 조문 상 항해의 자유, 어업의 자유, 해저전선과 관선 설치, 항행의 자유 등이 국제법상 실정법(positive law)으로 자리잡았음을 재확인하였다.²²⁴⁾ 또한 이제 조업의 자유를 포함하는 공해의 자유는 일반관습법의 일부로 볼 수 있다.²²⁵⁾ 특히 상기 맥락에서의 ‘자유’란 개인이나 선박의 자유가 아닌 국가가 향유하는 자유이기에, 국제사회에서 각 국가에 권한(competence)을 부과하는 레짐이다.²²⁶⁾ 영토에서 국가의 입법 및 집행관할권 등은 영역성(territoriality)에 기초한다면, 공해에서는 속인주의(nationality)에 근거하여 기국주의로 자국의 선박을 관리할 수 있는 것이다.²²⁷⁾ 결과적으로 1958년 제네바 『공해에 관한 협약』 제2조

222) Gavouneli, *supra* note 54, p. 98.

223) ILC, Documents of the Eighth Session including the Report of the Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission 1956, volume II, A/CN.4/SER/A/1956/Add.1, p. 259.

224) *Ibid.*, p. 278.

225) Carl August Fleischer, ‘The Relationship of the New Régime on Fisheries to Other Resources’, *Recueil des Cours*, v. 209 (1988), pp. 170-171.

226) 이런 점에서 한 지역에서 고유한 방법으로 세대에 걸쳐 조업을 하는 개인의 경제 및 사회적 권리인 역사적 어업권(historical fishing right)과는 구분해서 생각할 필요가 있다.

227) *Ibid.*, pp. 171.

에 명기된 대부분의 공해의 자유 문언이 UN해양법협약 제87조로 이식되어 다양한 권리의 총체가 보장받게 되었다. 또한 국가 관할권에 관한 UN해양법협약의 제7부 공해 부분은 국제법의 관습법을 반영한다.²²⁸⁾

지금까지는 공해 어로의 자유 그 자체를 분석하였는데, 그만큼 공해내 어업권과 어업행위 수행 시 부가되는 자유제한 조항 역시 아울러 검토해야 한다. UN해양법협약 제2절 ‘공해생물자원의 관리 및 보존’의 제116조는 ‘공해어업권’을 다룬다. 이때 모든 국가는 첫째, 자국의 조약상 의무, 두 번째, 특히 제63조 제2항과 제64조부터 제67조에 규정된 연안국의 권리, 의무 및 이익, 그리고 세 번째, 해당 절의 규정에 따라 자국민이 공해에서 어업에 종사하도록 할 권리를 지닌다. 이와 같은 내용은 이미 1956년도 ILC 잠정초안의 주석에서 등장한 내용이며, UN해양법협약에서는 좀 더 명확하게 조문으로 등장하게 되었다.²²⁹⁾ 여기서 ‘자국민(nationals)’이란 선원의 국적과는 상관없이 어선의 국적으로 정의되기에 제116조상 국가의 일차적 의무는 기국(flag state)이 지게 된다.²³⁰⁾ 그러나 이 중 (b)의 요건인 제63조 EEZ 체제 내 생물자원의 이용 제2항에는 더 많은 논의가 생성되었는데 특히 앞서 연안국의 관할권과 국제기구 중 공유어업자원에 대한 관리주체 논의의 연장선이기도 하다. 제2항에는 연안국이 EEZ의 생물자원에 관해 자국의 어획능력이 결정하는데, 연안국이 만약 전체 허용어획량(allowable catch)을 조업할 능력이 부재한 경우 그 밖의 약정이나 제4항에 언급된 조건과 법령에 따라 허용어획량의 잉여량에 대해 타국의 입어를 허용하고 있다. 중요한 점은 제4항은 EEZ 내 어로행위를 하는 타국가의 국민이 연안국의 법령에 의해 수립된 보존조치와 그 밖의 조건을 준수할 것을 명시하고 있다. 특히 이 중에는 어부에 대한 조업허가(licensing), 어선과 조업장비의 허가, 어획가능한 어종의 결정, 어획할당량의 결정, 어로기, 어로수역, 어구의 종류와 크기 등이 고려될 수 있다. 또한 제63조 이후 제67조까지는 고도회유성 어종, 해양포유동물, 소하성 어종(anadromous stocks: 溯河性魚種), 강하성 어종

228) Crawford, *supra* note 36, p. 301.

229) ILC, *supra* note 223, pp. 278, 286-290.

230) Nordquist, *supra* note 215, p. 286;

(catadromous species: 降河性魚種) 등에 대해 공해의 자유를 유지하려는 의도로 성안되었지만, 결과적으로는 연안국이 공해 내 어업에 대해 가지는 어업권을 보장하는 듯한 문언을 가지게 되었다. 특히 해당 조항은 여러 해석에 직면하였는데, 한 진영은 이를 경계왕래 어종에 대한 연안국의 우월한 권리 혹은 관련 조치를 입법할 수 있는 기제로 마련한 것으로 보기도 하였다.²³¹⁾ 그러나 반대로 해석을 하는 편에서는 제116조의 ‘제63조 제2항과 제64조부터 제67조까지 규정된 연안국의 권리, 의무 및 이익’을 지킬 것을 조건으로(subject to)에 대해 관련 협상 실패 시 조업국이 연안국의 권리, 의무 및 이익에 대한 상당한 고려를 주문한 것뿐이며, 그렇다고 해서 연안국의 보존조치에 구속된다거나 연안국의 이익에 복속되는 것은 아니라고 보았다.²³²⁾ 이와 같은 이견의 대립에 1980년도 까지도 제63조 제2항에 대한 여러 비공식 수정안이 제출되었고, 상당수는 EEZ 이원 수역의 어업에 관한 연안국의 관할권을 비합리적으로 확장시키려는 시도로 치부되기도 하였다. ²³³⁾ 이와 같이 경계왕래어족에 관한 여러 논란은 향후 1995 UN 공해어업협정이 추가되는 계기가 되었다. 제116조 이후 제117조와 제118조는 공해생물자원의 관리 및 보존에 있어 조문상 국제환경법원칙을 내포하며, 이에 공해어업의 자유에 대한 제한으로 작용할 수도 있다. 제117조는 자국민을 대상으로 공해 생물자원 보존조치를 취할 국가의 의무(duty)를 규정한다. 제118조는 생물자원의 보존 및 관리를 위해 국가 간 협력할 것을 규정하는데 이 중에는 적절한 경우 소지역 또는 지역어업기구를 설립하는데 서로 협력해야 한다. 해당 의무는 신의칙(good faith)에 의해 협상할 의무를 부과하고 있다. ²³⁴⁾

제119조는 공해생물자원 중 어업에 초점을 맞추고 더욱 세밀한 요건을 제시한다. 해당 조는 공해생물자원의 허용어획량(allowable

231) Edward L. Miles and William L. Burke, ‘Pressures on the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stocks’, *Ocean Development & International Law*, Vol. 20, Issue 4 (1989), p. 352.

232) ILA, Rept. of the 65th Conference (1992), p. 273.

233) UN Doc. C.2/Informal Meeting/54/Rev1 참조.

234) Nordquist, *supra* note 215, p. 302.

catch)을 결정하고 그 밖의 보존조치를 수립할 때 수반되는 다양한 조치를 열거한다. 이중 (a)에 따르면 개발도상국의 특별한 요구가 반영된 환경적, 경제적 관련요소에 따라 제한되고, 어업형태, 어족 간 의존도, 소지역, 지역적, 지구적에 관계없이 일반적으로 권고된 국제최저기준을 고려하여 최대지속 생산량을 실현시킬 수 있는 수준으로, 그리고 어획하는 어종의 자원량을 유지 및 회복하도록 관계국이 이용가능한 최선의 과학적 증거(best scientific evidence available)를 기초로 하여 계획된 조치가 취해져야 한다. 또한 (b)에서는 어획하는 어종과 관련되거나 이에 부수되는 어종의 자원량의 재생산이 뚜렷하게 위태롭게 되지 아니할 수준 이상으로 유지 및 회복시키기 위해 연관어종이나 종속어종에 미치는 영향을 고려한다. 동 조항 제2항은 과학적 정보, 어획량 및 어업활동 통계 등 수산자원보존 관련 자료를 소지역, 지역적, 또는 지구적 국제기구를 통해 정기적으로 제공하고 교환할 의무를 지우고 있는데, 과학적 자료에는 생물학적 데이터, 어족 자원의 이동 정보, 계절별 지역별 분포, 어획도구 및 방법, 어족자원이 머무르는 지역, 부수어종 등이 포함될 수 있으며, FAO하 소지역 혹은 지역별 어업기구의 공해어업 통계치도 그 예시가 될 수 있지만 상당히 분절적이고 단편적인 정보를 제공하여 오히려 이용가능한 정보에 의한 관리를 어렵게 하기도 한다.²³⁵⁾ 제3항은 보존조치와 그 시행에서 어떠한 국가의 어민에 대해서도 형식상 또는 실질상 차별이 없도록 규정하고 있다.

(2) 공해와 기국관할권

공해체제는 주권의 영향 밖에 있기는 하지만, 공해 수면위의 선박에 대해서는 해양법이 인정하는 기국관할권²³⁶⁾이나 항만국관할권 등을

235) *Ibid.*, p. 312.

236) 기국관할권의 목적과 성질은 다음과 같은 판례를 참조할 수 있다. *The M/V "Saiga" (No.2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment (1 July 1999), International Tribunal for the Law of the Sea, paras. 83, 105.

이용하여 국가관할권이 미칠 수 있는 여지를 두고 있다. 특히 UN해양법 협약 제94조의 기국관할권과 같이 공해 질서 내에서 관할권이 국기에 부착된다는 원칙은 이 또 역시 국가 관할권의 행사에 근거한다. 공해의 ‘자유’란 연안수역의 무해통항과 같이 개인의 자유가 아닌 승인받은 국가들의 자유로써 향유되기 때문에, 공해의 자유는 오로지 국가관할권의 법적 보호(legal umbrella) 하에서 향유할 수 있는 것이다.²³⁷⁾ 이는 그 어느 국가의 국기도 계양할 권리가 없는 선박은 공해의 항해의 자유의 방해를 주장할 수 없다는 데서도 유추할 수 있다.²³⁸⁾

UN해양법협약 제89조는 공해에 대한 주권주장의 무효, 즉 어떠한 국가라도 유효하게 공해의 어느 부분을 자국의 주권 아래 둘 수 없다고 명시적으로 규정한다. 그러나 제92조 등에서는 선박은 어느 한 국가의 국기만을 계양하고 항해하며, 이때 공해에서 그 국가의 배타적인 관할권(exclusive jurisdiction)에 속한다고 규율한다. 이와 관련하여 FAO의 경성법으로는 1993년 『공해 상 어선의 국제보존관리조치 이행증진을 위한 협정 (이하 ‘1993년 FAO 준수협정’)』에서 각국이 선박의 임의국적변경(re-flagging)이나 편의치적을 악용하여 조업규제를 회피하는 실행을 규제하였다.²³⁹⁾ 상기 규정은 공해 상 불법조업 대처를 위해 공해조업어선의 등록국에게 관리책임을 부과함과 동시에, 회원국 간 공해 불법어선에 대해 정보를 교환하는 것을 주 목표로 한다. 특히 제3조는 자국이 효과적으로 통제할 수 없는 어선을 자국에 등록하지 못하도록 하는 등 기국에게 강화된 의무를 부과한다. 이는 UN해양법협약의 기국관할권과 기국책임을 보충한다.

FAO는 이후 1995년 『책임있는 수산업 규범(The Code of Conduct for Responsible Fisheries)』을 채택하였는데, 형식면에서 연성법이기는 하지만 여러 함의를 제공하기에 주목을 요한다. 물론 기국의 이행의 한계에 대한 해결방안을 제시한 것은 아니지만, 남획, 파괴적인

237) Jennings and Watts, *supra* note 34, p. 39.

238) *Ibid.*

239) 박기갑, ‘UN공해어업협정 비준 타당성에 관한 연구’, 해양수산부 최종 보고서 (2006), p. 34,

어로행위에 대응해야 하는 인적 적용범위를 국가, 어업실체, 지역수산기구 및 소지역적, 지역적 및 세계적 조직, 수산물의 가공, 수산제품의 판매에 관련된 수산인, 기타 수산업에 관련된 수중환경 이용자와 같이 다양한 행위자를 포섭하였다.²⁴⁰⁾ 또한 지리적 적용범위 역시 전지구적이기 때문에 다른 국제어업 거버넌스 체제보다 광범위하다. 어업에 관해서는 제6조에서 어업권은 생물자원의 효과적인 보존과 관리를 위해 책임있는 방법으로 수행해야 하는 의무도 수반한다는 점을 상기하고 있다. 또한 사전주의 원칙을 어업자원 관리에 다시금 천명하고²⁴¹⁾, 파괴적인 조업행위에 대한 국제적인 기준을 마련하였다. 즉 처음으로 기국관할권 보다는 국제적이고 종합적인 어업관리를 표방하고 있다.

FAO는 또한 2001년 FAO 이사회가 승인한 『불법·비보고·비규제 어업의 예방, 저지 및 근절을 위한 국제행동계획(International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing)』 등을 통해 기국의 의무 불이행에 따라 생긴 문제 대응을 모색했고, 좀 더 다양한 행위자인 관련 산업, 영향 받는 공동체, 시민사회 등이 폭넓게 고려되는 계기가 되었다. 또한 다양한 참가자의 정보교환을 바탕으로 IUU 어업을 규제하려는 목표도 있다. FAO의 2001년 국제행동계획은 공해의 행위에 대한 입법 관할권 행사라고 평가받고 있으며, 이에 관할권 경합이 일어날 수 있는 여지도 있다.²⁴²⁾

FAO는 2009년에는 『항만국 조치협정』에서 항만국 관할권(port state Jurisdiction)을 이용하여 공해 해양환경 및 어업의 보호를 꾀하였고, 이는 해양오염을 다루는 UN해양법협약의 제218조와도 접점을 가진다. 항만국 관할권은 공해라는 국가의 역외에서 발생한 행위에 대해 행사되는 권한이다.²⁴³⁾ 즉 외국선박이 공해상 불법조업을 통해 어획한

240) 동 규범 제4조.

241) 동 규범 제7.5조.

242) Guilfoyle, *supra* note 213, p. 209.

243) 이는 항구에 자발적으로 들어온 선박이 선박의 설계, 구조, 인원배치, 장비 등에 대한 국내법 혹은 국제법 규칙 준수여부를 판단하여 필요한 경우 조치를 취하는 항만국 통제(Port State Control)와 다르며, 항만국 통제는 선박안전과 일반적인 해양 환경보호를 위해 주권수역인 내수 내 항구에서 항만국이 행사하는 영토관할권(territorial

자원을 국제시장에 유통시키지 않도록 입항을 막고 정보를 공유하는 것 등의 국제법상 허용규범을 마련하여 기국주의로 부터의 예외를 구성하는 것이다. 기존의 기국관할권 외에 항만국 관할권이 부상한 데는 EEZ등의 새로운 성격의 수역에 대한 연안국의 관할권의 팽창에 근거한다고 보기도 한다.²⁴⁴⁾ 또한 항만국 관할권 제도는 기국관할권 대신 공해의 해양생물다양성을 보존하는 데 있어 국제공동체 전체의 책임을 도입한 것과 같다.²⁴⁵⁾ 그러나 이 역시 자국에 직접적인 이해관계 연계가 부족한 공해의 IUU 어업에 대해서 소를 제기하는 등 적극적인 법적 조치를 취하는 데는 한계가 있을 수 있다. 따라서 공해어업의 규제문제는 또 다시 국제적으로 좀 더 전체론적인 접근방법을 취할 수 있는지에 대한 질문으로 돌아가게 되는 상황이다.

최근에는 과연 해양어족자원 보호에 있어 기존의 기국관할권 대신 연안국의 관할권이 확대되어 국제 공동체의 이익을 위한 방향으로 규제를 만들 수 있는지도 논의되고 있다. 물론 1958년 『공해어로와 생물자원 보존에 관한 협약』 제6조에는 연안국이 영해 인근 공해의 생물자원 보호를 위한 특별한 이익이 있을 수 있음을 인지했지만, 이는 이미 UN해양법협약에서 EEZ와 접속수역 등의 새로운 수역의 창출과 함께 그 의미가 흐렔해졌다. 만약 연안국에게 일종의 관리의무(custodianship)을 부여하여 기존에 기국관할권으로 지배하던 공해에 새로운 국제법적 규제를 창설한다면 여기에는 연안국이 어떤 특정한 상황과 의도 하에 이러한 국가관할권적 재량을 발휘할 수 있을 것인가에 대해 자세하게 규정해야 할 것이다.²⁴⁶⁾ 하지만 이와 같이 연안국을 국제공동체의 충실한 일원으로 활용하는 조문은 아직 *lex ferenda*에 불과하다고 할 것이다. 즉 1982년도 UN해양법협약은 국가들이 해양이용에 관해서는 '안보'와 '부'와 같은 가치와 각국의 특별이익, 배타적 이익을 수호하려는 의지가 강했던

jurisdiction)이다. 김현정, '국제공역 보호를 위한 항만국 관할권', 『서울국제법연구』, Vol. 19, No. 1 (2012), p. 85; 항만국 관할권의 행사를 보편적 관할권으로 해석하는 주장도 있다.

244) Gavouneli, *supra* note 54, p. 44.

245) 김현정, *supra* note 243, p. 106.

246) Jennings and Watts, *supra* note 34, p. 44.

분위기에서 합의된 질서임을 파악할 수 있다. 그러나 UN해양법협약의 공해에 관한 가치와 인식은 여러 부문에서 급속하게 변화되었으며, 이윽고 세계 사회과정을 거쳐 1995년 UN 공해어업협정으로 표면화된다.

2. 1995년 UN 공해어업협정²⁴⁷⁾

‘1982년 12월 10일 해양법에 관한 UN해양법협약의 경계왕래어족 및 고도회유성어족 보존과 관리에 관한 조항의 이행을 위한 협정 (Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982, Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks: 이하 UN 공해어업협정) 은 당사국이 경계왕래어족(straddling stocks) 및 고도회유성어족(highly migratory stocks)의 보존 및 관리를 위해 지속가능한 이용을 확보할 수 있는 조치에 대한 의무를 규정하고 있다. 대상 어종은 다양한 해역에서 서식하는 등 이동성과 접근성이 높은 탓에 모든 국가가 조업을 할 수 있다는 특성을 가지며, 남획가능성이 농후하기에 국제적인 관리가 요구되는 바였다. 이는 특히 EEZ 등의 새로운 수역의 등장으로 공해가 좁아지자 더욱 자유로운 조업을 지지하는 원양어업국과 UN해양법협약 제63조(2개국 이상 연안국의 EEZ에 걸쳐 출현하거나 EEZ와 그 바깥의 인접수역에 걸쳐 출현하는 어족)와 제64조(고도회유성어종) 상의 연안국에 대한 조정을 요구하는 연안국의 이해가 대립한데서 도출되었다.²⁴⁸⁾

해당 협정은 모조약인 UN해양법협정과 별개인 이행협정인데, UN해양법협정의 일부가 아니라 별개의 조약이라는 점을 유념하여야 한

247) 2001년 12월 발효하여 현재 가입국은 86개국 (2017년 10월)이다. UN, United Nations Treaty Collection, available at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-7&chapter=21&clang=_en (last visited on 14 October, 2017).

248) 이석용, *supra* note 177, p. 275.

다. 249) 이는 이후 살피볼 제11부에 관한 이행협정은 같은 명칭이지만 이와는 다른 관계를 노정한다는 면에서 보면 향후 이행협정의 명칭 하 관계 설정은 자유도가 높다는 점을 볼 수 있다. 즉 이는 FAO의 책임있는 수산업 규범, 지역수산기구의 규범, 그리고 UN해양법협약과 별도의 문건이지만 규범 상 관계는 긴밀한 공조를 유지하는 것으로 본다.

UN 공해어업협정은 1982년 유엔해양법협약에서 규정하지 못한 어업보호 및 관리에 대한 거버넌스 요건을 많이 삽입하였는데, 대표적인 것이 제5조의 생태계적 접근(ecosystem approach)과 제6조의 사전주의 원칙(precautionary principle)이다. 추가적으로 동 협정 제8조~제16조는 공해상 보존 및 관리조치에 협력할 의무를 규정하여 기국의 준수 확보를 의도한다. 이중 제8조 제4항은 전통적인 공해의 자유가 국제기구의 조치에 의해 제한될 수도 있는 여지를 주는 것으로 보이기도 한다. 제17조 역시 지역기구 비회원국 및 지역약정의 비참가국이 지역기구나 약정이 설정한 보존관리조치의 적용대상인 경계왕래성어류자원 및 고도회유성어류자원에 대해 조업활동에 참여하도록 허가하면 안 된다는 규정도 두고 있다. 이와 같이 제33조에서도 당사국이 동 협정의 비당사국으로 하여금 당사국이 되도록 하고 동 협정 규정에 합치하는 법령을 채택하도록 독려할 뿐만 아니라, 제2항에서는 각 당사국이 본 협정의 효율적 이행을 저해하는 비당사국 국기 게양 선박의 활동을 저지하기 위해 본 협정 및 국제법에 합치하는 조치를 취해야 한다고 규정한다. 이는 본래 전통적인 공해 어업의 자유에 제한을 가하는 변화로 감지할 수 있다. 특히 제33조는 VCLT 제34조의 제3국의 권리 의무에 관해 변형을 일으키는 것이 아니냐는 비판에도 직면할 수 있다.²⁵⁰⁾ 하지만 이런 비판에 대해 UN해양법협약 제117조, 제118조의 협력의 의무 원칙을 자세히 규정한 이행입법에 지나지 않는다는 반박도 있다. ²⁵¹⁾

249) UN 해양법협약의 비당사국도 공해어업협정에만 선택적으로 가입할 수 있다. 이석용, *supra* note 177, pp. 276-277.

250) Gavouneli, *supra* note 35, pp. 118-119.

251) Francisco Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 288-289.

즉 궁극적으로 UN 공해어업협정은 공해의 자유가 좀 더 유연하게, 현대적인 활동이나 수단을 고려하여 균형적으로 적용될 여지를 보여준 시도라 할 수 있다. 즉 더 이상 공해에서 국가들이 자유롭게 조업행위를 하는 것을 방지하지 않으며, 국제환경법적 원칙을 반영하여 설정한 국가 간 합의나 조치를 존중해야 한다는 것이다. 이는 기존에 공해상 어업자원의 법적지위를 무주물로 보고 무주물에 통용되던 소유의 원칙(proprietorial principle)을 적용하던 프레임에서 벗어나 UN해양법협약 제87조 제2항의 협력과 공유된 책임을 부여하는 시도이다.²⁵²⁾ UN 공해어업협정의 가장 중대한 의의는 공해어업에 대한 당사국의 이익 및 가치체계의 변화를 반영한다는 점과 각국이 협력하여 취해야 할 조치 등을 광범위한 대상어종에 대해 규정하여 기존의 지역적 공적 질서제도가 가지고 있던 부분을 보편적 법질서제도로 확장하려는 야심만만한 시도가 감행되었다는 점이다. 물론 혹자는 UN 공해어업협정이 모조약인 UN해양법협약만큼 넓은 지지를 얻지 못하여 적은 수의 당사국을 가진다는 점에을 들어 실패한 시도라고 여길 수도 있을 것이다. 그러나 어업자원과 조업행위에 대한 기능적 인식과 '효용'가치를 성문화한 것은 상당한 성과다. 또한 UN 공해어업협정을 분수령으로 하여 지역적 공적 질서 단계에서 기능적 인식과 '효용'가치가 상당한 추진력을 얻었다고 평가해도 무리는 아닐 것이다. 이에 더해 향후 세계 사회과정으로 기능할 BBNJ회의 결과물에서는 UN 공해어업협정의 사전주의 원칙 도입과 생태계적 접근 등의 체제가 더욱 공고히 되리라는 기대를 가질 수 있게 된 점은 큰 수확이라 평할 수 있다.

3. 심해저 체제

(1) 인류 공동의 유산(Common Heritage of Mankind)

²⁵²⁾ Goodwin, *supra* note 160, pp. 803-804.

UN해양법협약 내 심해저의 광물자원에 대한 관할권 분배는 '인류공동의 유산'이라는 개념의 도입을 통해 국가관할권을 제하고 있다. 인류공동유산 개념은 우주법 관련 논의에서 먼저 등장하였지만 국제해양법에서는 파르도 (Arvid Pardo) 대사가 1967년 해저광업 기술의 발전과 해저 자원 독점 및 군사화 문제를 논의하는 와중 나온 연설에서 그 기원을 찾고 있다.²⁵³⁾ 물론 이때 등장한 인류의 공동유산은 공해는 이미 '공해의 자유'로 규율되기에 이 원칙의 적용대상에서 배제하고자 제안된 것이다.²⁵⁴⁾ 또한 이러한 특징 덕분에 반발을 최소화하고 공유지의 비극에 대한 대안인 사유화 전략 대신 새로운 국제기구가 해저 광물에 대한 관할권을 가지도록 하는 등 공공재에 대해 세계주의적(cosmopolitan)²⁵⁵⁾ 규제로 접근했기에 관할권 이원지역에 전적으로 적용하기에는 접점을 찾기 힘들 수 있다. 그럼에도 불구하고 현재 UN BBNJ회의에서 몇몇 개발도상국이 '인류의 공동유산' 개념을 공해와 심해저의 생물자원에 적용할 것을 규정하면서 과연 새로운 이행협정이 어디까지 규율을 할 수 있을 것인지 초미의 관심사로 대두하고 있다. 이 역시 정책중심적 법학의 방법론으로 풀어내본다면 권위적이고 지배적인 의사결정의 과정인 UN해양법협약상의 조문이 각국의 정책에 인류공동의 유산이라는 요소를 심어주었고, 이제 개발도상국의 공적 질서에 편입된 것이라 볼 수 있다. 그러나 인류의 공동유산 개념이 상당히 실험적인 전제를 바탕으로 구성되었기 때문에 심해저 체제를 구성하는 또 다른 축인 1994년 제11장에 대한 이행협정에서는 여러 하부요소가 회석되었다는 평도 있다. 이러한 배경에서 본래의 인류의 공동유산 개념과 적용 범위를 살펴보고 관할권 이원지역 규제에 재등장할 수 있는 개념인지 면밀하게 살펴보고자 한다.

UN해양법협약 제136조는 '인류의 공동유산'을 규율하고 있는데,

253) Malta, Request for the Inclusion of a Supplementary Item, UN Doc. A/6695 (1967).

254) Surabhi Ranganathan, 'Global Commons', *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 3 (2016), p. 709.

255) *Ibid*, pp. 714-715.

그 범위는 심해저와 그 자원이다. 물론 제11부의 '자원'은 제133조에 의해 복합금속단괴(polymetallic nodules:複合金屬團塊)를 비롯한, 심해저의 해저나 해저 아리 자연상태에 있는 모든 고체성, 액체성 또는 기체성 광물자원을 말한다는 점은 유의해야 한다. 제137조는 심해저와 그 자원의 법적지위를 들고 있는데, 제1항은 어떠한 국가도 심해저나 그 자원의 어떠한 부분에 대해 주권이나 주권적 권리를 주장하거나 행사할 수 없고, 어떠한 국가, 자연인, 법인도 이를 자신의 것으로 독점할 수 없다. 이와 같은 주권, 주권적 권리의 주장, 행사, 또는 독점(appropriation)은 인정되지 않는 것이다. 또한 제2항은 심해저 자원에 대한 모든 권리는 인류 전체에게 부여된 것이며, 해저기구는 인류전체를 위해 활동한다고 규정한다. 또한 이러한 자원은 양도의 대상이 될 수 없으며, 광물의 경우 해저기구의 규칙, 규정, 절차에 의해서만 양도될 수 있도록 하였다. 즉, 국가, 자연인, 법인은 심해저로부터 채취한 광물에 대해 권리를 주장, 취득 또는 행사(claim, acquire or exercise rights)도 할 수 없다. 하지만 인류의 공동유산 개념이 곧 다른 수역에 대해서 기존의 공해의 자유나 자원에 대한 주권을 사문화시키는 효과를 가지는 것은 아니다.²⁵⁶⁾ 그렇지만 심해저 해양환경에 대한 입법관할권(UN해양법협약 제145조, 제3부속서 제17조 제1항)과 집행관할권(UN해양법협약 제162조 (2)(w), 제185조 제1항, 제3부속서 제18조)을 국제심해저기구에 부여한 점은 큰 반향을 일으킨 바 있다. 이와 같은 합의는 다음과 같은 논의를 거쳐 도출되었으며 현재 UN BBNJ회의에서도 국제체제가 MPA를 관리하도록 언급하는 국가들이 자주 언급하는 개념임을 고려하여 심도있는 고찰을 요하는 개념이다.

제2차 유엔해양법회의 내 가장 큰 발전사항으로 손꼽히는 인류 공동유산 개념은 기존에 영토에 적용되던 전통적인 '주권'과 공해에 적용되던 '자유' 사이에 생겨난 제3의 개념이다.²⁵⁷⁾ 인류의 공동유산의 맹아

256) 물론 Malta 등의 국가는 1971년 Sea-Bed Committee에서 인류의 공동유산 개념을 공해 전체에 적용하는 초안을 제시하였으나 이는 받아들여지지 않았다. Satya N. Nandan (ed.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume VI (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), p. 97.

는 국제공동체와 자원의 관계를 재조명한 여러 법학 이론에서 찾아볼 수 있다. 유산(heritage)라는 개념은 로마법의 ‘*patrimonium*’에서 온 것이며, 부의 모든 소유물, 권리, 자산은 가부장(*paterfamilias*)이 사망 뒤 상속인에게 전해지는데서 온 단어다.²⁵⁸⁾ 1830년대 남미 법학자 벨로(Andrés Bello)는 한 국가가 타국에 손해를 끼치지 않고서 보유할 수 없는 것을 국제공동체의 공동의 세습재산(common patrimony)로 간주하자고 주장했고, 1898년 프랑스 법학자 라프라델 (A.G. de Lapradelle)은 해양이 인류의 세습재산(le patrimoine de l’humanité)이라는 의견을 제기했다.²⁵⁹⁾ 이는 인류공동 ‘유산’(heritage)라는 개념에서 국제적인 공유지역이 선대부터 후대까지 인계되는 상속재산 또는 선대로부터 다음 세대로 상속권에 의해 이전되는 재산으로 간주되는 부분의 근거가 된다.²⁶⁰⁾ 또한 1967년 8월 Malta 주UN대표부는 구성서(note verbale)에서 ‘현 국가관할권의 한계 이원의 바다에 놓여있는 해저 및 해상의 평화적 목적만을 위한 유보와 인류의 이익을 위한 그들 자원의 사용에 관한 선언 및 조약’을 심의를 위해 제출하고, 부속각서에서 인류의 공동유산을 언급한 바 있다.²⁶¹⁾ 혹자는 인류의 공동유산 개념이 로마법상의 공유수역(*res communis*)의 현대적 대안이라고 평가하기도 한다.²⁶²⁾ 또한 앞서 다룬 국제공역과 비교해볼 때는 소유권 행사가 불가능하고, 영토로 전유될 수 없다는 공통점은 가지지만, 국제공역보다는 인류의 공동유산 개념이 좀 더 적극적인 성격으로써 천연자원의 경영, 개발, 분배를 개별국가나 국민보다는 국제공동체에 의해 결정되도록 고안한 바 있다.²⁶³⁾ 이러한 배경

257) Tullio Scovazzi, ‘The Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction: General and Institutional Aspects’, in Erik J. Molenaar and Alex G. Oude Elferink (eds.), *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Development*, p. 43.

258) Sucharitkul, *supra* note 151, p. 888.

259) 최태현, *supra* note 110, pp. 4-5.

260) *Ibid*, p. 203.

261) 22 U.N. GAOR Annex 3 (Agenda item 92), UN Doc. A/Conf. 13/SR.1 (1958) 참조.

262) Kemal Balsar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (Hague: Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 39.

263) 박찬호 and 김한택, *supra* note 114, pp. 131-132.

에서 인류공동유산 개념은 제도를 창설함에 있어 주권국가에게 전통적인 맥락에서 법적 권원을 수반하는 주권적인 소유권, 점유권, 주권적 취득권원은 인정하지 않고, 단지 이용권만을 허용할 뿐이다.²⁶⁴⁾

이러한 경향은 개도국과 신생국들이 지구자원 고갈 상황에서 서구적 경제개발 모델을 추구하기 힘들어지자 소위 77그룹을 조직하여 국제경제제도의 불형평성을 제고하려는 데서 영향을 받기도 하였다는 평가를 받고 있다.²⁶⁵⁾ 즉 77그룹은 1950-1960 년대를 기점으로 ‘천연자원에 대한 영구주권’(Permanent Sovereignty over Natural Resources)²⁶⁶⁾와 같은 주장을 통해 ‘주권’이라는 강력한 개념으로 정치경제적 독립을 꾀하였고, 그 과정에서 국유화나 양허계약도 활발하게 이용하였다. 이는 곧 기술과 자본력이 갖춰진 선진국만이 국가관할권 이원의 지역에 대한 자원을 독점하는 상황에 반기를 들고²⁶⁷⁾, 국제 정의에 관련된 반론을 제기한 것이다. 물론 이와 같은 견해와 동시다발적으로 영해 이원에 해저지역의 자원에 대해 연안국의 주권적 권리가 인정되어야 하는지 담론이 1969년 *North Sea Continental Shelf* 사건²⁶⁸⁾ 이후 더욱 동력을 얻어 진행되기 시작했다. 1970년대부터는 좀 더 체계적인 접근을 도모하게 되는 소위 신국제경제질서(New International Economic Order)²⁶⁹⁾가 대두하여 인류의 공동유산 개념에 법적 및 철학적 기초도 제공하였다.²⁷⁰⁾ 그 내용

264) 최태현, *supra* note 110, pp. 202-203.

265) *Ibid*, p. 3.

266) United Nations General Assembly, General Assembly Resolution 1803 (XVII) of, 19 Dec 1962. ‘Permanent Sovereignty over Natural Resources’, Resoltion Adopted on the Report of the Second Committee, pp. 15-16.

267) Larschen and Brennan, *supra* note 111, p. 310.

268) *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 19, p. 23.

269) United Nations General Assembly, General Assembly Resolution 3201(S-VI), 1 May 1974, ‘Declaration on the Establishment of a New Economic Order’, A/RES/S-6/3201.

270) John E. Noyes, ‘The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future’, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 40:1-3 (2011), pp. 459-460; 그러나 최근에는 이에 대한 반박도 나오고 있다. 특히 Pardo 대사의 연설 즈음 제3세계 국가들의 주요 문헌에 ‘해저’지역의 언급이 거의 없다는 점, 개도국 연안국가들은 인류의

중에는 인류의 공동유산 적용지역에 대한 완전한 법적 소유권과 배타적인 자원 이용권이 세계 공동체 자체로 귀속되고, 수익금 역시 ‘모든 인류’ (all mankind)에게 귀속되게 하며, 인류의 공동유산 체제를 유지할 책임과 의무를 수행할 제도적 장치의 신설한 점이 주목을 요하는 바이다.²⁷¹⁾ 이는 NIEO 지지자들이 국제법의 정당성을 평가함에 있어 세계 공동체의 이익을 정의함에 있어 재분배 정의(redistributive justice)와 연대(solidarity)²⁷²⁾등을 주장한 것과 연관된 것으로 보인다. 반면에 제3차 유엔해양법회의 당시 인류 공동유산 개념에 반대한 이들²⁷³⁾은 해저와 하층토를 *res nullius*로 주장하였고, 그 누구의 것도 될 수 없기에 기업에 의한 개인적인 독점에 반대하였고, 법적인 발전이라기보다는 정치적 외교적 임시방편으로 이해하였다.²⁷⁴⁾ 그러나 결과적으로 인류의 공동유산은 UN해양법협약 내 명실상부한 조문으로 자리잡았다. 그리고 법정정책학적인 분석으로는 심해저의 인류의 공동유산 개념 적용이 권위적으로 지배적인 의사결정의 과정을 거쳐 세계의 공적 질서에도 영향을 끼칠 수 있는 토대를 마련한 것이라고 볼 수 있다.

그렇다면 심해저의 법적 지위에 대한 판단 후 심해저의 자원은 어떤 논의 과정을 거쳤는가? 제3차 유엔해양법 회의 당시에는 아직 심해저에 적용되는 어업기술 수준이 높지 않아서 심해저의 자원은 주로 광물자원을 다루게 되었는데, 여기서 몇 가지 중요한 시도가 이루어지게 되었다. 심해저의 광물자원에 대한 ‘인류 공동의 유산’ 개념 역시 국제 공유재에 대한 신탁에서 착안된 것이며, UN을 주요 기구로 하여 모든 국

공동유산 개념보다는 대륙붕을 넓게 인정하여 배타적 주권적 권리를 확보하는 ‘천연자원에 대한 영구주권’ 원칙을 고수하였다는 점 등을 들어 인류의 공동유산 개념이 꼭 당시 제3세계 국가나 NIEO 질서에 부합하는 개념으로 설정된 것은 아니라는 비판도 제기된다. Ranganathan, *supra* note 254, pp. 709-710.

271) Christopher C. Joyner, ‘Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind’, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, No. 1, Shorter Articles, Comments and Notes (1986), pp.192-193.

272) Isabel Feichter, ‘Community Interest’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (2007).

273) *Ibid.*

274) Gorina-Ysern, *supra* note 7, p. 663.

가를 대신하여 자원의 이용에 대한 국가의 권리와 의무를 활용하도록 고안하였다. 해당 체제의 기저에는 중심이 되는 국제 거버넌스 주체를 확립하여 체제를 운영한다는 생각도 포함된 것이었으나 국가들의 반발을 초래하기도 했다.²⁷⁵⁾ 즉 인류의 공동유산은 주요 조항 명문으로 삽입되어 있음에도 불구하고, 각각의 국제공역에 보편적, 그리고 일반적으로 적용하기는 힘든 것으로 사료되며 아직 국가주권원칙이 배제될 정도의 국제관습법 영역 내 독보적인 위치를 점한다고 보기는 어렵다는 의견이 다수를 점한다.²⁷⁶⁾ 이는 1994년 『제11장에 대한 이행협정』의 출현에 의해 더욱 가시화된 사항이기도 하다.

현재 UN해양법협약의 심해저 체제와 어업을 연결함에 있어서는 다음과 같은 제안도 유의 깊게 검토해야 한다. 우선 유전자원에 대한 탐사(prospecting)에 대한 제한 규정을 어업으로 확대해석하고, 이에 대해 공해의 생물자원의 보존과 관리 규칙을 적용하자는 주장도 있다.²⁷⁷⁾ 특히 생물탐사 행위 역시 관할권적으로 큰 제안이 명시적으로 규정되지 아니하였기에 연안국의 영토 관련성을 가지는 관할권 이원의 대륙붕과 같은 부분에서는 심해저라도 준 영토관할권을 가정하고 공해의 자유를 행사할 수 있지 않겠느냐는 제안도 있다.²⁷⁸⁾ 또한 유전자원을 규정하는 생물다양성협약(CBD)의 조문도 관할권 이내에서는 속지주의, 관할권 이원 지역에서는 기국주의로 관할권적 기준을 세우는 등 UN해양법협약과 상

275) Douglas Fisher (ed.), *Research Handbook on Fundamental Concept of Environmental Law* (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016), p. 328.

276) 인류의 공동유산 개념이 국제관습법의 지위를 구가한다는 주장은 1986년 Seoul Declaration 상의 ‘인류공동유산 개념은 국제공법에 체제로 편입된 일반 법원칙이다’라는 부분에 반영되어 있다. ILC, Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order, No.7, Report of the Sixty-Second Conference 8 (1987); 최태현, *supra* note 110, p. 215.

277) Gavouneli, *supra* note 54, p. 147.

278) Tullio Scovazzi, ‘Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Seabed Authority’, *International Journal of Marine and coastal Law*, Vol. 19, No. 4 (2004), pp. 83-84.

보적으로 볼 수 있겠지만, 이는 생물탐사의 복잡성 때문에 용이하지 않을 것으로 보인다. 어업과 생물탐사 모두 생물자원을 자연환경으로부터 이동시키기는 하지만 그 이외에는 다른 점이 무수히 많기에 직접 적용이 어려운 특수한 경우임을 다시 한 번 주지하게 된다. 이와 같은 논점은 자원의 이용과 보존 사이 해양법 레짐과 환경법 레짐 간 inter-regime의 구성의 가능성에 대해 다양한 가능성을 보여주는 바라고 볼 수 있다.

(2) 1994년 제11장에 관한 이행협정

UN해양법협약은 130개국의 찬성, 4개국의 반대, 그리고 17개국의 기권표를 받았는데 이는 특히 인류 공동의 유산 개념으로 인해 심해저를 개발할 수 있는 자원과 기술을 가진 선진국의 불만표출로도 해석되기도 한다.²⁷⁹⁾ 따라서 UN은 논란이 불거졌던 제11부에 대한 새로운 회의를 개최하여 결의안 48/263 하에 1994년 『제11장에 대한 이행협정』을 도출하기에 이른다. 해당 이행협정은 인류공동의 유산 개념에 수정을 가하게 되는데, 특히 시장원리에 의한 심해저와 해당 지역 자원 레짐에 대한 재편이 이루어졌다.

『제11장에 관한 이행협정』에는 인류의 공동유산의 핵심가치인 이익의 형평한 분배 목표, 개도국에 대한 기술이전 부문 조항 등에서도 큰 변화가 있었다. 그러나 무엇보다도 제일 문제가 된 부분은 이행협정 제3절 의사결정, (9)(a), (15)-(16), 제4절 재검토회의 등에서 회원국이 이사회를 견제할 수 있는 여지를 한층 쉽게 만든 부분이었다.²⁸⁰⁾ 이에 본래 인류공동의 유산이 표방하는 바를 상당부분 상실했다는 비판도 제기되었다. 하지만 제11부 이행협정은 UN해양법협약 제11부 제2절 상의 주요 개념 - 주권 관련 주장의 배제 등-은 크게 영향주지 않았으며, ISA

279) *Ibid*, pp. 46-47; 인류의 공동유산 개념은 국제법의 떠오르는 원칙 중 하나지 아직 erga omnes, instant custom의 결과, 혹은 jus cogens 라고 보기에 는 시기상조라는 평가가 있다. Joyner, *supra* note 271, p. 199.

280) Noyes, *supra* note 270, p. 464.

의 권한을 명확하게 규정한 부분은 국가와 ISA의 관계형성에 진척을 가져왔다고 평가받기도 한다.²⁸¹⁾ 그럼에도 불구하고 심해저를 개발하고자 하는 기술보유국의 요구를 전적으로 받아들여 인류의 공동유산의 핵심가치에 시장논리를 이식하였기에 해양생물다양성의 보존 면에서는 여러모로 아쉬움이 남는 부분이다. 그런 맥락을 고려하더라도 최근 BBNJ 논의에서 다양한 경로로 인류의 공동유산의 개념이 다른 분야에도 주장되고 있으며, 아직까지 해당 개념이 가지는 법정정책학적 가치 중 ‘형평-효율’요구의 맥박이 멈추지 않았음을 의미한다. 이에 BBNJ 회의라는 국제해양법과 국제환경법 간 세계 사회화 과정에서 어떤 역할을 수행할지는 좀 더 추이를 지켜봐야 하는 개념이다.

4. 소결

본 장에서는 관할권 이원수역인 공해와 심해저의 체제의 형성과정과 현재 국제해양법체제를 분석하였다.

우선 제1절에서는 국가관할권 이원지역의 법적지위가 공유수역으로 굳어지는 역사적 흐름을 분석하였으며, 1982년 UN해양법협약의 시초가 되는 20세기 이후 공유지에 대한 현대적 논의와 1958년 제네바 회의에서 자원에 대한 권리가 주권과 관할권의 연장선상보다는 공유지라는 특수한 상황에 의거하여 좀 더 총체적이고 집단적인 규제방안을 고민하는 쪽으로 흐름이 있었다는 것을 살펴보았다. 특히 어업기술의 발달에 따라 어업자원을 다르게 인식하게 되고, 국가들이 국제해양법에 반영되어야 할 가치를 배타적 이익에 밀접한 ‘안보’, ‘위신’, ‘부’ 대신에 ‘지식’, ‘효율’ 등 좀 더 포괄적 이익에 집목시킬 수 있는 노선으로 전환하였다는 점을 주지해야 할 것이다. 이와 같은 변화가 결국은 제2절의 국제 해양법체제에 실제로 반영이 되었으며, 앞으로의 UN BBNJ회의에도 막대한 영향력을 행사할 것이기 때문이다.

이어 제2절에서는 현존하는 국제 해양법체제, 즉 권위적이고 지

281) *Ibid.*, pp. 464-466.

배적인 의사결정의 과정으로서 UN해양법협약을 조사하였다. UN해양법협약은 구역을 식별하여 각 수역의 법적 지위와 수역 내 해양자원에 대한 국가의 권리와 의무를 창설하였다는데 큰 의의가 있지만, 이후 체결된 이행협정 역시 그 효과면에서 큰 역할을 수행하고 있음을 볼 수 있다. UN공해어업협정은 아직 당사국이 많은 편은 아니지만 특정한 어종에 관하여 새로운 환경 원칙, 즉 생태계주의 원칙과 사전주의 원칙을 도입한 점을 눈여겨 보아야 할 것이다. 또한 1994년 제11장에 대한 이행협정은 UN해양법협약의 개정절차를 원용하지 않고도 이와 비슷한 효과를 창출했다는 평도 있다.²⁸²⁾ 이처럼 현재 국제해양법체제는 기존의 UN해양법협약을 기반으로 국제환경법적 요소를 더 많이 포함하는 방향으로 조약을 개정한 것과 가까운 결과를 유도할 수 있는 이행협정을 구비하고 있다.²⁸³⁾ 이와 같은 특징은 차제 국제해양법체제가 현재 UN BBNJ 회의가 논의하는 이행협정을 통해 더 구체적으로 강화된 국제환경법 원칙과 조문을 수용할 가능성이 있음을 시사한다. 특히 제2장 전반에 걸쳐 ‘지식’, ‘효율’등의 가치가 표방되는 모습이 포착되었으며, 이로 미뤄본다면 새로운 법적 질서가 세계적인 차원에서도 확립될 수 있으리라는 기대를 가져볼 법 하다.

그럼에도 불구하고 현재 국제해양법체제는 공해어업협정이나 인류의 공동유산의 도입으로 어느 정도 국제적인 시각에서 해양환경을 보호할 기틀은 마련하였지만, 고질적인 비판점인 해양환경보호의무의 미비와 어족자원의 지속가능한 이용에 관한 문제는 잔존하는 바다. 이에 국제해양법체제에 국제환경법이 직접 적용될 수 있는지, 국제공법상 국제해양법 상 연안국의 관할권이나 공해의 어업자유를 제한할 수 있는 확립된 국제환경법의 원칙이 존재하는지 등을 고찰해보도록 한다. 이와 같이

282) David Freestone and Alex G. Oude Elferink, “Flexibility and Innovation in the Law of the Sea - Will the LOS Convention Amendment Procedures Ever Be Used?”, in Alex G. Oude Elferink (ed.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the Los Convention* (Leiden: Martinuss Nijhoff, 2005), p. 184; UN해양법협약은 개정에 대해서 제312조-314조에 규정을 두고 있다.

283) 물론 개정(amendment)보다는 이행협정 당사국 간 변경(modification)으로 봐야한다는 의견도 아울러 참작할 수 있다. *Ibid.*, p. 203.

미래에 어떤 국제환경법 원칙 혹은 의무가 현 국제해양법체제에 추가적으로 포섭될 수 있는지 예측해보는 작업은 많은 조업국, 특히 우리나라를 포함한 원양 어업국에게도 많은 시사점을 제공할 것이다. 그리고 궁극적으로는 인류존엄을 위한 세계 공적질서를 구축하는 데 제2장에서 살펴본 국제 해양법 내 현존 체제가 제3장의 국제 환경법 내 원칙과 체제에 의해 어떤 변화를 겪을지 관망해볼 수 있을 것이다.

제 3 장 국제환경법상 생물다양성과 어업자원

일반적인 환경문제 외에도 해양환경 및 생물자원 보존 문제는 국제공동체가 가지는 국가의 의무이자 점차 대세적 의무로도 인식되고 있다.²⁸⁴⁾ 그러나 UN해양법협약 외 UN공해어업협정이나 CBD 등은 모두 분야별로 다루는 면이 조금씩 다르기에 어느 정도 국제법 상 입법 공백이 존재하기도 한다. 그러나 이에 대한 실체적인 문제는 상기 공백은 자원의 이용과 보존 간 긴장이 적정한 이해관계 충돌 시 방어기제의 부재로 이어지며, 곧 자원에 대한 관할권 분쟁, 혹은 주권적 권리에 대한 분쟁으로 비화되기 쉽다는 점이다.²⁸⁵⁾ 즉 자원의 ‘이용’과 ‘보존’ 간 충돌이 ‘개발’과 ‘환경보호’ 간 갈등으로 연장될 수 있는 것이다. 이에 UN해양법협약 외 국제환경법상의 관련 원칙과 협약 중 국가들의 관행이 확립되고 법적인 확신도 확보한 원칙 등에 대해서는 상호연결성을 인정하여 효율적인 대응을 수립해야 한다는 의견도 나온다.²⁸⁶⁾

이미 상당한 부담을 안고 있는 국제해양법과 국제환경법 간 법적 과제는 본 논의의 대상인 국가관할권 이원 수역이 노정하고 있는 여러 환경적 및 생태적 특성에 의해 더욱 복잡다단해진다. 국가관할권 이원 수역에는 해산(sea mounts), 냉수성 산호초(cold water coral reefs), 열수 분출구(hydrothermal vents)와 같은 파괴되기 쉬운 서식지들이 분산적으로 분포되어 있다.²⁸⁷⁾ 특히 해산 생태시스템은 저층트롤어업과 과도하고 파괴적인 어업활동 등에 의해 직접적으로 위협을 받고 있는데, 해당 지역에는 그 지역에만 서식하는 어종 고유성이 높다.²⁸⁸⁾ 냉수성 산

284) 정서용, 『기후변화, 글로벌 거버넌스 그리고 국제법』, (서울: 박영사, 2011), p. 309.

285) Pahuja, *supra* note 195, p. 399.

286) 김태운, ‘해양생물자원과 다양성 보호를 위한 유엔해양법협약 및 그 이후 생물다양성협약의 불완전성에 관한 해석적 통합’, 『海事法研究』, Vol. 25, No. 3 (2013), pp. 11-13.

287) 노화섭, *supra* note 98, p. 16.

288) *Ibid.*, pp. 18-19.

호초 역시 수천 년 동안 성장해오며 많은 어종의 치어의 보금자리가 되지만 트롤선이나 여러 어업도구의 이용으로 파괴되고 있는 실정이다.²⁸⁹⁾ 한편, 열수분출구의 경우 인류에게 이로운 생물자원과 어종의 보고로 보호의 대상이 되어야 한다. 또한 이와 같은 다양한 생태계는 풍족한 생물다양성을 가지고 있지만 이에 대한 지식이 많이 축적되지 않은 기회의 수역이기도 하다.

이를 다른 말로 치환한다면, 향후 UN BBNJ 회의가 도출할 법의 정책지향성을 가늠하기 위해서는 생물다양성과 관련 법제를 충실히 이해하고, 이해한 내용을 바탕으로 공동의 이익을 유추하는 것이 중요하다는 것이다. 그렇기 때문에 본 장에서는 국가관할권 이원수역과 교집합을 가지는 환경적 요소를 검토할 것이다. 따라서 제1절에서는 UN해양법협약과 해양환경 관련 조문의 적용, 제2절에서는 국제해양법의 의무 해석에 도움을 줄 수 있는 국제환경법 원칙, 그리고 제3절에서는 국제법 판례상에서 국제해양법과 국제환경법의 접점을 찾고, 어업자원에 대한 판례가 어떤 방향으로 발전하였는지 분석해본다.

제 1 절 UN해양법협약상 해양환경의 고려

현재 UN해양법협약도 제12부의 해양환경의 보호와 보전에서 해양환경을 다루고 있다. 제192조는 일반적 의무로써 각국은 해양환경을 보호하고 보전할 의무를 진다고 명시한다. 그리고 제193조는 천연자원의 개발에 관한 국가의 주권적 권리를 명기하고 있는데, 각국이 자국의 환경정책과 해양환경을 보호하고 보전할 의무에 따라 천연자원을 개발할 주권적 권리를 가진다고 규정한다. 본 조항의 천연자원에 대한 영구적 주권과 NIEO 개념과 이어지며, 이는 곧 환경에 대한 의무는 일국의 경제발전을 고려하여 성립된다는 점을 상기한다.²⁹⁰⁾ 제194조는 해양환경

289) *Ibid.*

290) Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume IV* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), p.

오염의 방지, 경감 및 통제를 위한 조치를 다루고 있다.

상기 핵심조항을 필두로 UN해양법협약 총 320개의 조항 중 46개의 조문이 해양환경을 언급하고 있고, 이미 '관할권 이원 해양생물다양성의 보호와 보존에 관해 각국이 국내법으로 대응할 것을 규정한 내용도 있다고 볼 수 있어 새로운 이행협정 논의는 중복적이라는 지적도 있다.²⁹¹⁾ 특히 새로운 이행협정이 출범하지 않더라도 의지가 있는 국가는 공해에 MPA를 설정할 수 있으리라는 주장도 나오는 상황이다. 특히 미국은 관할권 이원지역에 MPA를 설정하는 것이 가능하며, 이는 각국이 현존 체제 하 협력하여 자국민과 자국 국기를 게양한 선박에 의무를 적용하는 방식으로 도입하자는 다소 난해한 제안을 한 적도 있다.²⁹²⁾ 그러나 이러한 제안에도 불구하고, UN해양법협약이 도입된 후에도 해양환경은 지속적으로 악화되었고, 어족자원의 전망도 악화일로에 있는 것은 사실이다. 따라서 현존 체제에서 새로운 효과를 기대하기보다, 관련 환경협약과 국제환경법상 원칙을 고려하여 UN해양법협약 상 해양생물다양성의 보존 및 보호, 그리고 해양환경의 보호에 관한 국가의 의무를 구체화시키는 작업에 착수해야 할 것이다. 또한 가장 큰 목표로는 공유지의 비극을 상쇄하기 위해 공해의 자유를 제한하고 국가들에게 통용될 수 있는 국제적 기준을 이행협정으로 만드는 안이 제시되어야 한다.

상기 배경에서 관할권 이원지역의 해역은 국제환경법상 원칙과 생물다양성협약 등 세계 거의 대부분의 국가가 당사국인 환경관련 조약과 함께 검토해야 할 수역이다. 그러나 국제환경법적인 접근은 국가관할권과 아울러 고려해야 하며, 충돌이 있는 경우 어떻게 조화를 이룰 수 있는지 법리분석이 필요한 분야다.

45.

291) Dire Tladi, 'The Proposed Implementing Agreement: Options for Coherence and Consistency in the Establishment of Protected Areas beyond National Jurisdiction', *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 30, No. 4 (2015), p. 657.

292) Submissions by the United States, General Assembly Resolution 68/70, 4 December 2014, p. 34.

제 2 절 국제환경법과 UN해양법협약간 관계

거시적인 시각에서 볼 때 국제해양법과 국제환경법은 발전 방법에서 약간의 차이는 있지만, 양 법제 간 관계에는 교집합도 존재한다. UN해양법협약이 어로활동에 관해서 국가에게 권한을 위임하되 국제사회와 해양 생태계에 대한 고려를 할 것을 주문하는 폭 넓은 방식을 취한 것과 달리, 국제환경법의 주요 다자환경협약(Multilateral Environmental Agreement), 그중에서도 골격협정(Framework Treaty)은 주로 특정 환경 문제나 대상에 대한 문제의식을 바탕으로 향후 발전할 규제 및 법을 위한 초석을 마련한다.²⁹³⁾ 이러한 차이점은 국제환경법이 골격협정을 기본으로 추후 다양한 의정서, 결정으로 발전해나가는데 비해, 국제해양법은 개정이나 수정이 어려운 경우 이행협정(Implementing Agreement)등으로 법제가 발전하는 모습으로 귀결된다. 이와 같은 근본적인 차이점에 도 불구하고, 해양환경을 담당하거나 이와 관련한 국제법적 조치를 취하는 기구 및 협약에는 해양법을 주로 다루는 International Maritime Organization (IMO), International Seabed Authority (ISA) 외에도 United Nations Environment Programme (UNEP), Global Environment Facility (GEF), Food and Agriculture Organization (FAO), Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Waste and other Matter (London Convention) 등의 국제환경법 관련 기구와 협약도 포함된다. ²⁹⁴⁾ 따라서 어업자원의 보존과 해양환경에 대한 논의, 그리고 MPA 설정 등은 UN해양법협약 내 조문 외에도 국제환경법적 법제 및 기구의 발전과 밀접하게 연관되기에 이 또한 진중한 접근이 요구되는 부분이다.

MPA의 설정은 국제환경법의 이행에서 중요한 위치를 점하지만,

293) Ellen Hey, 'Reviewing Implementation of the LOS Convention' in Alex G. Oude Elferink (ed.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention* (Leiden : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 79-80.

294) *Ibid*, pp. 80-81; Freestone and Elferink, *supra* note 282, p. 169.

국가관할권 밖의 해역에 설정하는 경우 국제사회에서 보편적으로 받아들여진 UN해양법협약 제87상의 공해의 어업자유와 충돌하는 부분이 생길 수 있다. 특히 그동안 관할권 이원 지역에 MPA를 설정하는 것은 국가의 권리와 의무와 요원하다고 인식되어 관련 국제협력이 지지부진한 것도 있었지만, 이제는 국제환경법 법리의 발전이 반영되어야 한다는 국제사회의 요구가 거세지고 있다. 물론 EU 등의 여러 국가가 국제환경법상 원칙의 적용에 갖든 진정한 의도가 해양환경의 보호와 해양생물다양성의 보존보다는 자원의 개발 촉구, 해양관련 조사 실시 및 정보 습득이라고 비판할 여지도 있다.

하지만 상기 비판의 진위여부와는 관계없이 국가관할권 이원 지역은 UN해양법협약의 제12부, 제192조, 제194조 제5항 등에서 도출할 수 있는 해양환경 관련 일방적 조치보다 더 폭 넓은 국제환경법 원칙의 적용대상이 될 수 있다는 주장이 점차 거세지고 있는 실정이다. 또한 제197조는 국가가 해양환경의 보호와 보존을 위한 규칙, 기준, 관행을 개발함에 있어 협력해야 한다는 규정도 명시하고 있다. 따라서 무작정 UN해양법협약 상 공해의 자유가 해양환경 보호 및 보전의무와 부합하게 행사되어야 한다는 부분을 해석함에 있어, 명시적인 조항이 부재한 관할권 이원 지역의 MPA에 대해 기국의 배타적 관할권만을 이유로 국제환경법 원칙의 적용을 배제하려는 논리를 평가하기 위해서는 생물다양성협약과 국제환경법상 원칙 등과 동시에 고려해야 한다

생물다양성협약(Convention on Biodiversity: 이하 'CBD')의 경우 제2조에서 생물다양성(biological diversity)을 육상, 해양 및 그 밖의 수생생태계 및 생태학적 복합체를 포함하는 모든 근원으로부터 생물 간의 변이성(variability)을 의미하고, 종들 간 또는 종 및 그 생태계 사이의 다양성을 포함하는 개념이다. 이에 생물다양성은 실질적 또는 잠재적으로 인류를 위해 사용될 가치가 있는 유전자원, 생물체, 생물체의 부분, 유기체군 또는 생태계의 생물구성요소로 이해할 수 있다. CBD는 UN해양법협약에 우선하는 것은 아니라도, UN해양법협약 국가의 권리의무와 CBD상의 권리의무가 조화를 이루도록 당사국에게 특별히 요구할 수 있

는 부분도 있다.²⁹⁵⁾ 특히 CBD 조문 중 제4조 b항의 국가의 관할권 또는 통제권 하 수행된 과정 및 활동 (processes and activities)은 관할권 이원에도 미칠 수 있지만, a항의 생물다양성 구성요소 (components of biological diversity)는 관할권 이내에만 적용될 수 있다.²⁹⁶⁾ 문언의 구조를 파악해보면, 국가관할권 이원에서 생기는 의무는 어족자원보다는 국가의 관할권 또는 통제 하 수행된 조업행위에 국한되어 있는 것으로 사료된다. 이어지는 제5조에서는 국가관할권 이원의 해역에 대해 국가에 제한된 의무를 서술하는데 이 부분에는 협력의 의무도 포함되는 것으로 보인다. 그렇기에 어떤 사안이 국가 간 협력 사항이어야 관할권 이원 지역에서도 일국이 관할권을 행사할 수 있으며, CBD 당사국이라 하더라도 관할권 이원 지역의 해양생물다양성의 특정 요소를 보존해야 할 의무까지 이어진다고 보기는 힘들 것이다.²⁹⁷⁾ 다만 생물다양성협약은 국가관할권 이원의 해역에서 생물다양성의 보존과 환경친화적 사용을 위한 협약 당사국들의 협력을 도모하는 것으로 볼 수 있다. 이렇듯 생물다양성 협약 성안자들은 국가관할권 이원의 수역에 위치한 자원의 경우 국가의 주권이나 관할권이 부재한다고 하더라도, 협약 당사국이 생물다양성의 구성요소 보존에 관해 상세한 의무를 설정하는 것은 아니다.

CBD의 제4조 적용범위 제한 이외에도 제22조를 통해서도 국가

295) Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3rd Edition, (New York: Cambridge University Press, 2012). pp. 435-436.

296) 해당 조항 생물다양성협약 제4조는 다음과 같다.

제4조 관 할 범 위

다른 국가의 권리를 존중하는 것을 조건으로 그리고 이 협약에 달리 명시적으로 규정된 경우를 제외하고 이 협약의 규정이 각 체약당사자에 대하여 적용되는 범위는 다음과 같다.

가. 생물다양성 구성요소(components)의 경우, 자신의 관할권안의 지역
나. 국가의 관할권 또는 통제권하에서 수행된 과정 및 활동(processes and activities)의 경우, 그 효과가 미치는 장소에 관계없이 그 국가의 관할지역 안 또는 관할권 이원지역(areas beyond national jurisdiction)

297) Tanaka, *supra* note 168, p. 146-147.

관할권 이원 지역에 어떤 함의를 제공하는 데 한계가 있음을 볼 수 있다. 생물다양성협약의 제22조는 ‘다른 국제협약과의 관계’를 다루는데 생물다양성협약의 규정이 기존의 국제협정에서 유래하는 체약당사자의 권리 및 의무에 영향을 미치지 않는 아니하지만 이러한 권리 및 의무의 행사가 생물다양성에 심각한 피해 또는 위협을 초래할 경우는 예외로 둔다. 또한 제22조 제2항에서는 체약당사자가 해양환경에 대해서는 해양법에 따른 국가의 권리 및 의무와 합치되도록 협약을 이행할 것을 규정하여 해양법 및 기타 국제협약 하 국가의 권리와 의무를 존중하는 태도를 보여준다.

UN해양법협약에서 모든 국가가 자국민을 대상으로 공해생물자원 보존에 ‘필요한 조치’(such measures [...] necessary)를 취하거나, 그러한 조치를 취하기 위해 다른 국가와 ‘협력할 의무’를 다루는 제117조는 생물다양성협약 제5조에서 각 체약당사자가 생물다양성의 보전과 지속가능한 이용을 위하여 국가관할권 이원지역 및 그 밖의 공동 관심사에 대해 다른 체약당사자와 직접 또는 적절한 경우 권한있는 국제기구를 통하여 가능한 한 그리고 적절히 협력(as far as possible and as appropriate cooperate)한다는 조문과 통합적으로 볼 수 있다. 또한 UN해양법협약 제237조는 해양환경과 관련된 함의는 협약 제12장의 ‘일반적 원칙과 대상’가 일치하는 방법으로 수행하도록 규정하며, CBD 당사국의 경우 UN해양법협약 제12장과 제311조 상의 특별법(*lex specialis*)으로서 효력이 적용될 근거가 있다.²⁹⁸⁾ 이와 같이 생물다양성협약은 관할권 이원 지역의 조업행위 거버넌스의 근거를 제공해줄 수 있다.²⁹⁹⁾

따라서 공해의 자유를 규제할 수 있는 더욱 효과적인 법적 근거로 국제환경법상의 원칙을 살펴보고, 각 원칙의 국제법적 지위는 어떤지, 국제 판례와 실행은 어떻게 이루어지고 있는지 등을 다각적으로 검토해야 한다. 이를 위해 일반 국제공법 하에서 국제환경법 원칙 중 사전주의

298) Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Volume VI (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), pp. 423-426.

299) Bratspies and Telesetsky, *supra* note 206, p. 270.

원칙, 세대 간 그리고 세대 내 형평, 선린주의 원칙, 형평한 이용, 협력할 의무의 국제법적 지위에 대해 고찰해본다. 그다음으로는 특히 국제법상 어업자원 개발 및 보존에 관한 판례의 발전상을 연구하여 MPA 설정 시 어떤 국제환경법 원칙이 쓰일 수 있을지 예측하는 작업을 거치기로 한다.

제 3 절 국제환경법 원칙과 국가관할권 쟁점

통상 국가의 자원에 대한 주권은 국가경제의 국민의 생활 수준 향상을 위해 보호되지만 초국경적이거나 공유되는 자원의 경우에는 여러 가지 제한이 가해질 수 있다. 특히 이런 제한은 국제환경법에서 원용되는 규칙에서 오는 의무다. 천연자원의 사용에 대한 자유, 이 논의에서는 어업자원에 대한 자유는 국제적인 공익인 해양환경의 보호를 수호하기 위해 제한될 수 있다. 다만 이는 주권의 외연, 혹은 재산권 체제와 흡사한 권리체제에 대한 제한이기도 하기 때문에 주요 국제환경법원칙의 현재 법적 지위를 살펴보고 과연 해당 원칙들이 공해의 어업자유 혹은 국가관할권을 어떻게, 혹은 어디까지 규제할 수 있을지 고찰해볼 수 있다.

국제법상 원칙(principle)은 법의 기초를 이루는 기본적인 도덕적 교훈이라고 볼 수 있는데, 이중 법적 논쟁이나 의사결정 과정에서 구속력을 얻고 내용이 점차 구체화되어 좀 더 확고한 법적지위를 구가할 수도 있다.³⁰⁰⁾ 원칙은 규범성이나 법적 기준을 제시하지만 법규(rule)와 같이 특정한 행동을 규정하는 단계에 이르지 않았고, 구체적인 법적 약속(commitments)보다 좀 더 일반적인 내용을 가지는 등 새로운 입법의 지향점을 보여주는 역할을 가진다.³⁰¹⁾ 또한 전문이나 구속력이 없는 문서에 등장하기도 하지만, 점차 국제환경법의 원칙이 협정의 본문에 규정되

300) 서원상, ‘국제법상 원칙, 규범, 규칙의 법적 의의: 국제환경법원칙의 법적 지위를 중심으로’, 『국제법평론』, Vol. 33 (2011), p. 36.

301) 이재곤, ‘국제환경법의 제원칙: 진화와 과제’, 『국제법평론』, Vol. 38 (2013), p. 3; 서원상, *supra* note 300, pp. 36-37.

거나 판례에서 등장하기도 한다. 이처럼 지속가능한 개발과 같은 환경 원칙은 기존에 국가실행과 법적확신이 어느 정도 확립되었는지만을 논하기보다는 규범의 가치의 중요성을 인식하고, 이에 국제법 내에서 어떤 기여방안이 있을지 직접 고민하는 논의도 필요하다는 지적이 있다.³⁰²⁾ 특히 이어 논의한 UN BBNJ회의에서 다양한 환경원칙이 작동(operationalize)³⁰³⁾할 수 있는 계기가 마련되리라는 기대를 받고 있으므로 원칙에 연관되는 구체적인 법적 의무의 외연은 어디까지 인지, 또한 해양법과의 접점은 어디서 찾을 수 있는지 등을 같이 분석해야 한다. 이에 1972년 스톡홀름의 인간환경에 관한 유엔회의(UN Conference on the Human Environment)에서 작업한 선언 26개, 그리고 리우선언은 27개의 원칙을 가지고 있는데, 이중 공해 내 어업과 해양환경에 큰 함의를 가지는 원칙을 위주로 검토를 진행한다.

공해어업의 규제 필요성은 국제적인 공감을 얻어내어 1992년 리우자네이루 내 유엔환경개발회의(United Nations Conference on Environment & Development: 이하 ‘UNCED’)에서도 논의된 바 있으나 이는 어젠다 21 내 구체적인 행동강령에 포섭되지는 못했다. 그 이후 해당 논쟁은 유엔 총회로 이전되어 UN해양법협약의 이행협정으로 재탄생하였다. 하지만 이러한 흐름은 관할권 이원지역의 어업문제와 해양생물 다양성의 문제가 국제환경법상으로도 논의된 바 있으며 그 구체성에 있어서 UN해양법협약 체제 하 포함되었지만 국제환경법의 제원칙과 목적 등을 공유한 바 있다는 증빙이기도 하다. 물론 지속가능한 개발원칙 등은 일반국제법의 원칙이 되었다고 확립되었지만³⁰⁴⁾, 환경법의 제원칙 몇

302) Vaughan Lowe, Sustainable Development and Unsustainable Arguments, in Alan Boyle and David Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (Oxford: Oxford University Press), pp. 36-37.

303) Duncan E.J. Currie and Mischa Davis, ‘Governance Principles Relevant to Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Submissions to the Chair, Greenpeace (February 25, 2016), p. 10. available at http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/greenpeace.pdf (last visited on 20 January, 2018).

304) *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decision of

가지는 관련 전통적인 공해의 자유와 영토주권과 어떻게 협응하는지 검토해야 한다.

공해상의 MPA 설정을 위해서는 전통적인 공해의 자유가 국제환경법에 의해서 제한될 수 있는지 논의해야 한다. 다만 UN해양법협약상의 환경보호 조문은 구체적인 의무를 명시하지 않고, 공해상 생물다양성을 직접적으로 다루는 조약이 있는 것은 아니기에 국제환경법 상의 원칙을 고려해야 한다. ICJ 규정 제38조는 법의 연원으로써의 법의 일반원칙을 고려하고 있다. 환경법의 일반원칙 역시 조약이나 관습으로 확립되지 않은 국제법의 공백을 매워주는 역할을 수행할 수 있다.³⁰⁵⁾ 물론 각 원칙의 국제법적 지위를 확정하는 것은 쉽지 않지만, 국제환경법의 원칙은 UN해양법협약의 해석과 적용을 어떤 방향으로 진행해야 하는지 지침이 될 수 있으며, 현대 사안과 함께 협약이 진화할 수 있도록 도와준다.³⁰⁶⁾ 또한 향후 BBNJ 회의 이후 이행협정 등이 실질적으로 논의된다면 관련 문서 관련 협상에도 영향을 미칠 수 있다. 물론 지속가능한 개발 등은 이미 관습국제법으로 성립된다는 견해도 있기에 해당 장에서는 월경 피해 방지의 원칙(No-harm rule), 국제협력의 원칙(principle of co-operation), 세대내 및 세대간 형평(Inter and Intra equity), 사전주의의 원칙(precautionary principle) 등의 어업관련 주요 환경법 원칙의 법적 지위를 논해본다. 이와 더불어 원칙은 아니지만 환경법 및 어업법의 접근방법으로써 부상하고 있는 생태계 접근방식(ecosystem approach)에

24 May 2005, Report of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, para. 59. Sands 는 세대간 형평의 원칙, 합리적인 방법으로 자연자원 이용(지속가능한 사용의 원칙), 세대내 형평원칙 등을 열거하는데 이보다 더 넓게 정의하는 학자는 자연과의 조화로운 인간의 삶 보장, 공동이지만 차별적인 책임의 원칙, 사전주의원칙, 오염자 비용부담 원칙, 기술이전 및 재정지원을 위한 국제적 협력 등을 포괄하기도 한다.

305) Svitlana Kravchenko, Tareq M.R. Chowdhury, and Md Jahid Hossain Bhuiyan, Principles of International Environmental Law', in Shawkat Alam et al. (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law* (New York: Routledge, 2015), p. 43.

306) James Harrison, *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment* (Oxford University Press, 2017), p. 303.

대해서도 어떤 해석이나 적용이 있었는지 살펴보고, 더 나아가 공해의 어업자원 보호와 보존에 적용될 수 있는지 판단해본다.

1. 월경 피해 방지의 원칙

스톡홀름 선언 제21조는 “국가는 UN헌장과 국제법원칙에 따라 자국의 환경정책에 따른 자국 자연자원을 이용할 주권적 권리를 가지며 자국그이 관할권 또는 통제 하 활동이 타국의 환경 또는 국가관할권 한계이원의 지역(areas beyond the limits of national jurisdiction)에 손해를 야기하지 않도록 보장할 책임을 진다’라고 규정한다.³⁰⁷⁾ 리우 선언 제2원칙에서는 ‘국가는 UN헌장과 국제법원칙에 따라 자국의 환경정책에 따른 자국의 천연자원을 이용할 주권적 권리를 가지며, 자국의 관할권 또는 통제 내의 활동이 타국의 환경 또는 국가 관할권 범위 이원지역에 손해를 야기하지 않도록 보장할 책임을 진다’고 규정하고 있다. 특히 동원칙은 ‘타국’의 환경 외에도 ‘국가 관할권 범위 이원지역’도 언급하여 초국경적 피해 방지보다 폭이 넓다.³⁰⁸⁾ 다만 리우 선언 제2원칙 중 주권적 권리는 1970년대의 NIEO의 흐름을 따른 것이라는 해석이 있으며, 이는 국가주권과 협력 간 조정을 위해 둔 문언이다. 특히 공동의 이익을 위해 국가들의 주권을 제한해야 하는 경우, 예를 들자면 초국경적 오염 등에 더욱 유용한 원칙으로 자리잡고 있다.³⁰⁹⁾

해당 원칙은 1941년 *Trail Smelter* 판결에서 국제재판소가 캐나다 내 제련소에서 배출된 오염물질인 이산화황으로 인해 미국에 끼친 환경피해에 대해 국제법상 책임을 져야 한다고 판정한 데서 최초로 적용되

307) Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972).

308) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 192.

309) Charter of Economic Rights and Duties of States, UNGA Res. 3281 (XXVII) (1974); 1975 Final Act of the Helsinki Conference on Security and Co-operation in Europe, 14 ILM 1292 (1975), 1 August 1975; 1982 World Charter for Nature 등도 ‘관할권 이원지역’과 관할권 간 관계를 언급하고 있다.

었다.³¹⁰⁾ 또한 1949년 *Corfu Channel* 사건에서도 ICJ는 어떤 행위가 다른 국가의 권리와 대치되는 행위라는 점을 이미 인지했다면 이를 본국의 영토 내에서 하지 않을 의무가 있음을 확인하였다. ³¹¹⁾ 이에 따라 No-harm 원칙 등에서는 공해, 극지, 우주 등의 관할권 이원지역에도 환경 피해를 방지할 의무까지 포섭하는 방향으로 발전하였다.³¹²⁾ 1996년 *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 사건에서는 월경 피해 방지의 원칙이 환경에 관해 국제법의 일부가 되었음을 판시하였다.³¹³⁾ 또한 이는 공동의 자연자원을 공유하는 상황에서 국가의 영토 주권의 행사에 있어 다른 국가와의 관계, 그리고 국제환경법 상의 보호와 보존 등의 국제사회 이해와 타협적으로 발전해온 것이다.³¹⁴⁾

상기 원칙이 협정에 조문화된 예시를 살펴보면 다음과 같다. CBD의 경우 국가는 자신의 관할 또는 통제지역 내 활동으로 다른 국가의 환경 또는 자신의 관할권 이원지역의 환경에 피해가 발생하지 않도록 보장할 책임을 제2조에 규정했다. UN해양법협약도 제194조 제2항의 오염 관련 손해 조문에 이와 같은 내용을 반영한 바 있다. 이와 같이 해당 원칙은 공유되는 공해의 어업자원에 대한 연안국의 영토주권을 제약할 수 있는 근거로 자리 잡고 있으며 이는 UN해양법협약 제87조 제2항에 규정된 공해어업에 대한 규정에서도 엿볼 수 있는 바다. 이는 또한 신의 성실하고 권리남용에 이르지 않는 사용을 일반적으로 규정하는 제300조에서도 유추할 수 있다.

310) 정인섭, *supra* note 38, p. 717; *Trail Smelter Case (United States, Canada)*, 16 April 1938 and 11 March 1941, Report of International Arbitral Awards, Vol. III, para. 29, para. 716; ‘국제법원칙하 어떤 국가도 중대한 결과와 피해가 분명하고 믿을 만한 증거로 확립될 때 매연에 의해 다른 국가영토 또는 그 영토 내 재산과 사람에게 피해를 야기하는 방법으로 영토를 사용하거나 사용하는 것을 허락할 권리를 가지지 않는다’

311) *Ibid.* p. 22.

312) Ellen Hey, *The Regime for the Exploitation of Transboundary Marine Fisheries Resources: The United Nations Law of the Sea Convention Cooperation between States* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 58.

313) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 241-242.

314) 이재곤, ‘Iron Rhine 철도사건 (Belgium/Netherlands)의 국제환경법적 쟁점’, 『東亞法學』, Vol. 65 (2014), p. 594.

따라서 월경피해 방지의 원칙은 이미 충분한 판례의 축적이 이루어져 있으며, 관할권 이원지역의 MPA설정 및 어업규제와 연관되는 주요 조약에 이미 문언상 충실하게 반영되어 있다. 따라서 앞으로 BBNJ 회의 결과물인 이행협정에도 주요원칙 및 구체적인 의무가 내재된 조문으로 반영될 공산이 크다고 할 수 있다.

2. 국제협력의 원칙

어업관련 국제협력의 원칙은 전 지구적 협력을 요하는 어업자원의 보존에 원용된다. 협력의 원칙은 UN헌장 제74조에서 규정하는 선린원칙(good-neighborliness)과 신의성실원칙(good faith)이 국제환경법에서 발전한 개념이다.³¹⁵⁾ 스톡홀름 선언 제24원칙에서는 ‘환경의 보호와 증진에 관한 국제문제는 대소국을 막론하고 평등원칙에 입각해 모든 국가에 의해 협력의 정신 하에 다뤄야 한다’는 부분이 있다. 리우 선언 제27원칙은 각국이 지구 생태계의 건강과 완전성을 보존·보호·회복시키기 위해 범세계적인 동반자 정신으로 협력할 것을 선언하는데, 국제협력에는 정보교환의무, 긴급사태시 통보의무³¹⁶⁾, 위험한 사업계획에 대한 사전협의의 의무 등이 포함된다.³¹⁷⁾ 국제환경법에서 해당 의무는 어떤 국가가 타 국가의 환경에 영향을 끼칠 수 있는 사업이나 활동 등을 계획할 때 영향을 받을 수 있는 국가에게 정보를 제공하고, 사업내용을 조정하거나 사업개시시점을 협의하도록 유도한다. ³¹⁸⁾ 이와 같은 의무가 구체적으로 어떤 지침을 요구하는지는 깊게 다뤄졌다고 보기 힘들지만, 공동의 체제를 안정화할 때 필요한 원칙으로 국제판례에도 종종 재언급되었

315) *sic utere tuo et alienum non laeda* 원칙과도 접점이 있다. Sands and Peel, *supra* note 295, p. 203; Resolution on Co operation in the Field of U1e Environment concerning Natural Resources Shared by Two or More States, U.N. Res. 3129, U.N. GAOR. 28th Sess., Supp. No. 30, at 48. UN Doc. NRES/3129. 13 ILM 232.

316) UN해양법협약 제198조.

317) 정인섭, *supra* note 38, p. 719.

318) 이재곤, *supra* note 314, p. 604.

다.³¹⁹⁾ 그후 *MOX plant* 사건 등의 가처분 조치에서는 ITLOS 가 협력의 의무를 국제법상 그리고 UN해양법협약 제12장의 해양환경의 방지에 대한 근본원칙이며, 정보교환, 위험 및 영향 감시, 공장 운영에 따른 오염방지안 제시 등을 열거하였다.³²⁰⁾

국제협력의 원칙은 UN해양법협약상에도 다양한 방법으로 포함되어 있는데 크게는 일반적인 협력의 의무가 도출되는 제197조, 제118조 등과 좀 더 구체적인 제63조-제67조 등이 대표적이다. UN해양법협약 제197조는 각국이 지구적 차원에서 그리고 적절한 경우 지역적 차원에서 특수한 지역특성을 고려하여 직접 또는 권한 있는 국제기구를 통해 해양환경을 보호하고 보존하기 위해 동 협약과 합치하는 국제적인 규칙, 기준, 권고, 관행 및 절차의 수립과 발전에 협력할 것을 명시하여 해양환경에 관한 국제적, 지역적 국제협력의무를 반영하였다. 제118조 공해 내 생물자원의 보존 및 관리를 위한 국가간 협력 조문도 보존 의무에서 협력 원칙을 도출해낼 수 있는 부분이다.³²¹⁾ 다만 협약 내 문언으로는 ‘보존’과 ‘관리’가 구체적으로 어떤 행위를 지칭하는 것인지 특정하기 힘들다. 제7부 공해와 제5부 EEZ에 모두 해당 문언이 명기되어 있기는 하지만 문맥상 혹은 수역의 기능상 다르게 적용될 여지가 있어 국가의 재량의 개입이 가능한 일반적인 협력의 원칙이 적용된다고 볼 수 있다.

일반적인 협력의 원칙 이외에도 UN해양법협약 제63조는 2개국 이상 연안국의 EEZ에 걸쳐 출현하거나 EEZ과 그 바깥의 인접수역에 걸

319) *Case Concerning the Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, ICJ Reports 1999, pp. 65-66, para. 102; *Gabčíkovo-Nagymaros Project case*, Hungary's Original Application, 22 October 1992, paras. 27, 29-30; 국제협력의 원칙은 국제법 질서의 일반적인 중심체계가 변화한 모습을 반영하는데, 국가들간 주권 원칙을 균형있게 하고, 각 국가 이익에 공동체의 이익을 반영하도록 한다는 개별의견이 제시되었다. *Mox Plant Case Ireland v. United Kingdom*, Order of 3 December 2001, Separate Opinion of Judge Rüdiger Wolfrum, p. 4.

320) *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures Order, 8 October 2003, para. 90; 독립적인 전문가 집단을 구성하여 매립공사에 대한 부작용 예측안 및 여러 정보 교환을 규정한 paras. 95 and 106(1) 도 참조.

321) Yturriaga, *supra* note 64, pp. 158-160.

처 출현하는 어족, 제64조는 고도회유성 어종, 그리고 제67조는 강하성어 종에 대해 협력의무를 규정하고 있다. 이는 연안국이 EEZ 이원의 수역에서의 어업자원의 최적의 이용과 보존에 대해 적정한 국제기구와도 협력할 수 있음을 보이고 있다. 해당 조항에서는 공해에 대한 국가관할권이 다른 국가와 혹은 국제기구등과 공동으로 행사될 수 있음을 암시하며, UN해양법협약이 보여주는 새로운 기능적 관할권(functional jurisdiction)을 구성한다.³²²⁾ 그러나 물론 국제협력의무가 행위 의무(obligation of conduct)보다는 결과의무(obligation of result)라는 주장도 있으며, 관련 국가간 관할권적 권력을 조정하는데 머물러있다는 평가도 있다.³²³⁾ 특히 어업자원의 경우 연안국의 국내 관할권이 미치는 200해리 내 EEZ 까지 수역에서 행하는 조치로는 어업자원의 보존에 한계가 있다. EEZ의 설정도 기존의 오래된 zonal approach 에 근거하기에 기존의 관할권으로 인한 보존조치 실행이 닿지 않는 어류 혹은 수역에 대한 협력이 필요하다는 점이 꾸준히 제시되어 왔다.³²⁴⁾ 그럼에도 불구하고 상기 조항에 언급된 협상할 의무나 합의에 이를 의무 등은 제118조나 제197조의 일반적인 협력 의무보다는 구체적인 의무라는 평이 수반된다.³²⁵⁾

국제협력의 원칙은 반영된 사건과 조문의 가짓수는 많지만 결과의무로 구성되어 있어 국가의 이행상 재량권 폭이 크다는 문제가 있다. 따라서 향후 BBNJ회의 이후 이행협정은 되도록 협력의 원칙 조문에 구체적인 의무를 부여해야 한다. 예를 들면 어업관련 급변상황 통고, 어족 자원 및 어선 정보교환, MPA 이행 감시 등의 협력의무사항을 세밀하게

322) Gavouneli, *supra* note 54, pp. 104-105; Barbara Kwaitkowska, 'Creeping Jurisdiction beyond 200 miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice', *Ocean Development and International Law*, Vol. 22, Issue. 2 (1991), pp. 153-187.

323) Moritaka Hayashi, 'The Management of Transboundary Fish Stocks under the LOS Convention', *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 8, (1993), pp. 245-261.

324) Giorgio Pontecorvo, 'The Enclosure of the Maine Commons, Adjustment and Redistribution', *Marine Policy*, Vol. 12, No. 4 (1988), pp. 361-372.

325) Yturriaga, *supra* note 64, p. 159.

규정하는 것이 향후 BBNJ회의 이후 관할권 이원수역 MPA 설립의 효율성 제고에 도움이 될 것이다. 또한 국제협력의 원칙 상 의무가 공해의 어로자유와 해양환경 보호의무 간 충돌에 있어 조화를 유도할 수 있는 부분이므로 문언상 명시적으로 나타나야 할 것이다.

3. 세대내 및 세대간 형평

국제법의 형평의 개념은 복잡다단하고, 같이 붙는 술어에 따라 뜻이 달라진다. 아리스토텔레스의 니코마스 윤리학(Nicomachean Ethics)상의 정의는 덕(disposition of character)과 형평(equity)을 통해 달성한 개별적인 정의로 구분된다. 이중 후자는 분배적 형평(distributional equity)과 교정적 평형(corrective equity)로 구별하는데, 국제환경법과 공유자원의 배분에 쓰이는 형평 개념은 주로 전자다.³²⁶⁾ 분배적 형평은 다음과 같은 개념으로 발달하였고, 이에 국제해양법과 어업과도 밀접한 연관을 가지고 있다.

우선, 세대내 형평(intra-generational equity)이란 현재 시점에서 개인간 정의(justice)를 보장하는 개념이라고 볼 수 있는데, 리우 선언 제6원칙이 ‘개발도상국, 특히 최빈개발도상국과 환경적으로 취약한 개발도상국의 특별한 상황과 필요에 특별히 우선순위를 두어야 한다’고 규정한 데서도 유추할 수 있다.³²⁷⁾ 특히 국가의 이익과 필요에 대한 고려를 기반으로, 제한된 자원을 할당하고 조정하는 것이다. 이는 편익과 부담을 분담하는 것을 의미한다.

특히 공유자원에 대해서는 분배적 정의를 차용함에 있어 형평한 사용(equitable utilization)이라는 개념이 대두하였다. ³²⁸⁾자연자원 및 환경의 형평한 이용의 원칙이란 국제사회의 구성원이 타 구성원의 경제적 사정, 필요, 그간 지구환경에 미친 영향 등을 고려해 공평한 몫이 돌아갈

326) 유희진, ‘국제환경법상 형평원칙과 기후변화체제의 협상’, 『국제법평론』, Vol. 38 (2013), p. 42.

327) *Ibid.*, p. 45.

328) *Ibid.*, p. 47.

수 있도록 해야 한다는 원칙이다.³²⁹⁾ 앞서 제기된 바는 생물다양성협약 제10조에도 등장하는 바다. 해당 원칙은 어떤 국가가 영토 내 자원 이용에 관한 국내 법제 입법에도 적용되는 바다. 2010년 *Pulp Mills* 사건에서는 형평하고 합리적인(equitable and reasonable)이용이 등장하였다.³³⁰⁾ 즉 이는 같은 수원을 나눠 쓰는 국가 간 지속가능한 이익을 추구하도록 도모하는 것이다.

특히 해양법에서는 1995년 UN공해어업협정에서 어족자원의 보존과 관리 면에서 개발도상국에게는 특별한 조건을 마련하고 있는데, 제24조의 개발도상국의 특별한 요구 인정 부분에서는 보존관리조치 설정을 위한 협력의무를 이행함에 있어 국민 또는 그 일부의 영양적 필요충족을 포함하여 해양생물자원의 이용에 의존하는 개발도상국의 취약성, 소도시 개발도상국의 토착원주민 외에도 생계어민, 소규모어민, 전래어민 및 부녀자 어민의 어업에 부정적 영향을 방지하고 이들의 어업 참여를 보장할 필요성을 인정하며, 보존관리조치가 직접적으로나 간접적으로 개발도상국에게 보존조치에 따른 불합리한 부담을 전가하는 결과를 초래하지 않도록 할 필요성을 규정하였다.

다음으로, 세대간 형평(inter-generational equity)이란 현 세대가 후속 세대를 고려하여 자원을 유지하고 환경보호를 실천함을 의미한다.³³¹⁾ 즉 현 세대의 정책 등의 고려가 미래세대의 결정권을 축소시키지 않도록 해야 한다는 것이다.³³²⁾ 즉 각 세대는 전 세대로부터 신탁에 의해 자연 및 문화적 유산을 받았기 때문에 미래세대에게도 이를 보존해줘야 한다는 원칙이다.³³³⁾ 이는 스톡홀름 선언 제1원칙에서는 ‘현재와 미래 세대를 위해 환경을 보존하고 제고할 중대한 책임’으로, 그리고 리우 선

329) 이재곤, *supra* note 314, p. 8.

330) *Ibid.*, para. 177.

331) Birnie *et al.*, *supra* note 75, p. 119-120.

332) 1946 International Whaling Convention Preamble, 1968 African Nature Convention Preamble, 1972 World Heritage Convention Art. 4, 1974 CITES Preamble, 1992 Transboundary Waters Convention, Art. 2(5)(c), 1992 Biodiversity Convention, Preamble, 1992 Climate Change Convention, art. 2 등 다양한 국제협약에 등장한다. Sands and Peel, *supra* note 295, pp. 209-210.

333) 이재곤, *supra* note 314, p. 8.

언 제3조에는 ‘개발에 대한 권리는 현재 및 미래 세대의 개발과 환경에 대한 필요와 형평하게 추구되어야 한다’고 언급된 바 있다. 또한 ICJ의 *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 사건에서도 환경은 추상적인 개념이 아니라 삶의 터전, 삶의 질, 그리고 인류의 건강과 직결되는데 이는 아직 태어나지 않은 세대를 포함하는 개념임을 판시한 바 있다.³³⁴⁾

해양의 공유지 논의와 관련하여 공공신탁 혹은 ‘the planetary trust’라는 개념이 도입되어 세대간 형평 원칙을 구체화 시도도 선행되었다.³³⁵⁾ 또한 환경보호에 관한 남극조약 의정서(Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty) 제2조는 남극을 보호지역으로 지정한 뒤, 제3조에서 남극조약 체제에서 활동 기획 및 수행에 있어 남극환경 및 관련 생태계보호, 남극 고유가치, 지구환경 이해 필수적인 과학조사 수행 등의 가치를 언급하며 세대간 형평을 지지하고 있다.

혹자는 지속가능한 개발의 요소로 세대간 및 세대내 형평을 분류하기도 하지만, 관할권 이원지역 MPA 지정을 통해 어업자원을 보존하기 위해서는 해당 원칙을 별도로 규제하여 좀 더 실체적인 의무를 부여하는 것이 바람직하다. 세대내 형평은 어로기술이 부족한 국가와 어업에 전적으로 의존하는 국가에 대한 특별한 고려를 위해 적용되어야 한다. 그리고 세대간 형평은 미래세대가 가지는 어족자원에 대한 권리를 침해하지 않도록 공유지 신탁 개념을 좀 더 반영하여 국제 공동체의 이익을 고려할 수 있도록 유도해야 한다.

4. 사전주의의 원칙³³⁶⁾

334) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 19-20., para. 29.

335) Edith Brown Weiss, ‘The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity’, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 11, No. 4 (1984), p. 495; Osherenko, *supra* note 99, pp. 12, 16.

336) 본고에서는 사전주의원칙을 차용하지만 precautionary principle의 다양한 번역 예시를 참고하려면 박종원, ‘국제환경법상 사전배려원칙의 지위와 기능’, 『법학논총』, 24권 3호 (2007), p. 406 참조.

사전주의의 원칙은 심각한 환경피해의 우려가 있는 경우 과학적 확실성이 부족해도 우선적으로 방지조치를 취해야 한다는 원칙이며, 이는 환경피해의 위험의 큰 활동에 대해 입증책임의 완화나 전환을 의미한다고 볼 수 있다.³³⁷⁾ 특히 사전주의 원칙이 강하게 반영된다면 어떤 활동을 전개하려는 자가 미래에 해당 활동이 환경에 부정적인 영향이 끼치지 않으리라는 점을 입증해야 할 것이다.³³⁸⁾ 리우 선언 제15원칙은 심각하거나 회복 불가능한 피해의 위험이 있는 경우, 과학적 확실성의 부족이 환경 악화를 방지하기 위한 비용 효율적 조치를 지연시키는 구실로 이용되지 말아야 한다고 선언하였다. 다만 사전주의적 조치의 실시는 각국의 능력에 따른다는 점도 부연하고 있다. 이러한 점에서 사전주의 원칙은 사안별로 협상해야 하며, 사전주의 원칙을 반영한 의사결정은 환경, 경제 사회적 요소를 고루 고려해야 한다. 또한 사전주의에 근거한 관리결정의 내용은 특정 레짐의 저치적인 구도에 영향을 받을 수도 있으나, 그 절차 역시 중요하다.³³⁹⁾

사전주의 원칙은 다양한 방법으로 적용될 수 있으며 국제환경법의 일부분을 구성하는 법 원칙으로 확립되고 있다.³⁴⁰⁾ 생물다양성협약의

337) 정인섭, *supra* note 38, p. 724.

338) Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development (1990), The Hague, UN Doc A/CONF.151/PC/10, Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, opened for signature 16 September 1987, 1577 UNTS 3 (entered into force 1 January 1989) Preamble, Convention for the Protection on the Marine Environment of the North-East Atlantic, opened for signature 22 September 1992, 32 ILM 1069 (entry into force 25 March 1998) Article 2(2)(a) 참조.

339) Harrison, *supra* note 306, p. 304.

340) 물론 좀 더 자유로운 해양활동을 위해 사전주의 원칙 도입에 소극적으로 대응하는 국가도 있으며, 이와 같은 국가는 precautionary approach 라는 용어로 원칙대신 접근방법으로 인식하고 있다. 일각에서는 1980년 등장 이후 사전주의 원칙이 국제법의 원칙으로 자리잡았다고 평가하지만, 그럼에도 불구하고 여러 국가의 반대로 아직 관습국제법의 구속력있는 규범에 이르렀는지 여부는 아직 혼란이 있는 바다. Meinhard Schröder, 'Precautionary Approach/Principle', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (2014), available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1603?rs>

전문, 심해저의 광업활동, 1996년 런던 덤핑협약, UN공해어업협약 제5조 c항³⁴¹⁾, 제6조 등 현대 해양법의 레짐 여러 부분에 도입되어 있다. 해양법에 관해서는 1984년 브레멘에서 열린 북해보호에 관한 장관선언(North Sea Inter-ministerial Conference)에서 국가는 해양환경에 대한 손해가 회복할 수 없거나 상당한 비용과 오랜 기간이 소요되어야 치유될 수 있는 경우 조치를 취하기 전에 침해효과의 증거를 기다리지 않아도 된다고 하였다.³⁴²⁾ UN 공해어업협약은 경계왕래어족과 고도회유성어족의 보존 및 관리하기 위해 제6조에서 최선의 이용가능한, 과학적 정보를 획득하고 공유하여 의사결정 개선, 자원의 크기와 생산성, 기준점(reference point), 기준점 관련 자원상태, 어획사망률의 수준과 분포 고려, 그리고 어획활동이 비목표종, 연관종, 의존종에 미치는 영향 및 해양적, 환경적, 사회경제적 여건의 현재 및 장래상태에 미치는 영향 고려 등을 규정한다.³⁴³⁾ 더 나아가 어획이 비목표종, 연관종, 의존종 및 이러한 어종의 주변환경에 미치는 영향을 평가하기 위해 자료의 수집, 연구 프로그램을 개발하며, 어종의 보존을 보장하기 위해 특별히 우려되는 서식지 보호 계획을 채택할 것을 명시한다. 동조에서는 추가적으로 보존을 위해 입증책임을 전환하기도 하는 등 획기적인 기제를 마련하기도 하였다. 이와 연장선상에서 지역수산관리기구의 협약 문언도 사전주의 원칙을 채택하는 예시를 찾아볼 수 있다. 유럽의 지역협약인 OSPAR 협약은

[key=poJobK&result=1&prd=EPIL](#) (last visited on 5 December, 2017).

341) precautionary principle은 UN공해어업협약 전문에 등장하고 제5조의 내용은 precautionary approach 라고 구분하는 주장도 있다. 이에 아직 해당 원칙의 법적 구속력 여부에 대한 합의가 부족하다는 점을 유추해볼 수 있는 대목이다. Ellen Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2016), p. 55.

342) Ministerial Declaration of the International Conference on the Protection of the North Sea (1984.11.1.)는 Freestone and IJlstra (eds.), *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Co-operation* (London and Dordrecht, 1991), p. 61. 다만 좀 더 국제적인 사전주의 원칙 논의는 1987년 런던에서 열린 다음 북해보호 장관회의에서 심도 있게 다뤄졌다.

343) 경계왕래성어류자원 및 고도회유성어류자원의 보존과 관리에 관한 1982년 12월 10일 UN해양법협약 관련 조항의 이행을 위한 협정 (영한대역), 해양수산부 (국제협력관실) (2004), 제6조 3항 (a)~(c).

“예방조치가 취해진 것(input)과 그 효과(effects) 간 결정적인 인과관계의 증거가 없더라도 우려의 합리적 근거가 있는 경우 예방조치를 취할 것을 명시한다.³⁴⁴⁾ 이는 사전주의원칙에 예방조치를 취할 수 있는 근거를 마련해주면서 좀 더 명확하게 쉬운 기준을 담보해주는 것으로 보인다.

국제법 판례면에서는 사전주의 원칙이 언급되기는 하였으나 동 원칙이 국제법에서 어떤 지위를 구가하는지에 대해 이견이 존재한다. ITLOS는 1999년 *Southern Bluefin Tuna* 사건에서 과학적으로 불명확한 부분이 존재함에도 불구하고 상황의 긴급함을 고려하여 일본의 시험조업 자체 잠정조치를 판시한 바 있다.³⁴⁵⁾ ICJ는 2010년 *Pulp Mills* 사건에서 사전주의 접근방식이 조문의 해석과 적용에 연관있을 수 있음을 확인하였다.³⁴⁶⁾ 또한 ITLOS는 2011년 *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring and Entities with Respect to Activities in the Area* 사건에서 사전주의 원칙의 법적 성격을 관습국제법으로 형성되는 과정에 들어섰다고 판시하였다.³⁴⁷⁾ 다만 학계 내 사전주의 원칙의 국제법적 지위는 확정되지 않았으며, 국제법의 규범으로 고양되었다는 주장³⁴⁸⁾부터 국제법의 원칙으로 자리잡지 않았다는 의견³⁴⁹⁾ 등이 고루 제기되고 있다. 국제 공공재로 자리잡은 공해의 경우 국제환경법이 기존의 국가주권에 대적할 수 없다는 믿음은 점차 약해지고 있으며, 국제문제에

344) OSPAR, Convention for Protection of the Marine Environment of North-East Atlantic (1992) (이하 OSPAR Convention), 제2조 제2항 a.

345) *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures (1999), para. 80.

346) *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, I.C.J. Reports (2010), p. 14, para. 164.

347) *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, Seabed Disputes Chamber of the ITLOS (2011), para. 135.

348) James Cameron and Juli Abouchar, Chapter 3: The Status of the Precautionary Principle in International Law, in David Freestone and Ellen Hey(eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (Hague: Kluwer Law International, 1996), p. 52.

349) Birnie *et al*, *supra* note 75, pp. 122-124.

대응하기 위해서는 새로운 시각이 필요하다는 견해가 더욱 강해지고 있다.³⁵⁰⁾

이와 같이 사전주의 원칙은 다양한 방면에서 포섭되어 있는 것으로 보이지만 아직 국제법에서의 법적 지위나 국제공동체 내 사전주의 원칙의 정의 등에는 모호한 점이 잔존한다.³⁵¹⁾ 그럼에도 불구하고 사전주의 원칙은 그 해석에 있어 국제법 상 입증책임 법리에 대한 근본적인 변화를 가져올 가능성이 있어 주의를 요한다. 전통적으로는 특정 행위의 반대자가 입증책임을 지고 해당 행위가 환경에 어떤 영향을 끼치는지 밝혀야 하지만, 사전주의 원칙은 이와는 반대로 행위를 하려는 국가가 해당 행위가 환경에 악영향을 끼치지 않는 점을 증명해야 하는 것이다. 이와 같은 특징은 아직은 국제법 판례상으로는 도입되었다고 보기에 는 시기상조이지만³⁵²⁾ 어업관련 체제에는 반영되는 사례가 생겨나고 있다.

사전주의의 원칙은 또한 1995년 공해어업협약과 OSPAR협약 등 지역수산물관리기구가 강점을 보이는 분야라는 점에서 향후 더 많은 발전이 예상되는 분야다. 따라서 BBNJ회의 이후 법적 구속력 있는 국제문서에 포함될 경우 법리의 발전이 예상되지만 문제는 기존의 지역수산물관리기구들이 규정하는 사전주의의 원칙의 정도가 각기 다르게 되어 있다는 점이다. 또한 몇몇 국가는 사전주의를 원칙보다 약한 사전주의 접근방법으로 인식하여, 해당 개념이 향후 이행협정에 반영되더라도 원칙위반에 대한 책임을 회피하려는 모습도 보인다. 이러한 복잡한 실정에서 최대한 균일한 사전주의의 원칙을 원용할 수 있는 문언은 어떻게 성안할 수 있는지, 그리고 어종별, 지역별, 분야별로 사전주의의 원칙이 세분화되어야

350) David Freestone, 'International Fisheries Law Since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle', in Alan Boyle and David Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 137.

351) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 222.

352) *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 164 등에서는 사전주의 원칙에 의한 입증책임의 전환이 국제법에 일반적으로 받아들여진 것은 아니라고 판단하였다.

하는지도 논의가 더 필요한 부분이다.

5. 생태계적 접근방법

UNCED Agenda 21에서 처음 소개된 생태적 접근방법은 대양, 모든 바다 및 연근해 지역을 포함한 해양환경이 지구생명체의 기본이 되며, 지속가능한 개발을 위해 실증적 자산으로 인식되는 전부를 통합적으로 관리할 것을 주문하고 있다.³⁵³⁾ 또한 Agenda 21은 이를 위한 행동 원칙을 프로그램으로 지정하기도 하였는데, 생물다양성의 보존에는 통합 관리(integrated approach), 해양환경보호, 해양환경 및 기후변화 관련 과학적 불확실성 고려, 지역기구 포함한 국제적 협력의 강화 등을 포괄한다.³⁵⁴⁾

CBD는 생태계(Ecosystem)을 식물, 동물 및 미생물과 기능적으로 연계된 비생물계의 복합체(dynamic complex of plant, animal and micro-organism communities and their non-living environment interacting as a functional unit)으로 정의하고 있다.³⁵⁵⁾ 현재 UN해양법협약은 해양생물자원을 관리함에 있어 다양한 해양수역, 즉 영해, 대륙붕, EEZ, 공해 등의 구분에 따른 구역관리방식(zonal management approach)와 생물종 특정 접근방식(species specific approach)을 취하고 있지만, 정작 해양생태계의 유기적인 특성을 파악하지 못하여 보호 및 보존의 효과가 크지 않았다. 이러한 추세에 힘입어 생태계 접근방법은 2000년대 들어 점차 어업관련 국제법과도 접목되는 모습을 보였다. 2001년 FAO 해양생태계에서의 책임어업에 관한 레이캬비크 (Reykjavik) 선

353) Report of the UNCED, UN Doc A/CONF 151/26/Rev 1 (1992).

354) 김태운, *supra* note 296, p. 23.

355) 또한 해양생태계의 경우 생물학적 분포와 서식형태를 기준으로 심해를 포함하는 저서생태계(benthic or sea-bottom ecosystem)과 연안, 대륙붕 위 등을 포함하는 영역을 표영생태계(pelagic or water-column ecosystem)으로 분류할 수 있다. 해양생태계는 육상생태계에 비해 해류, 조석간만, 심도, 수온, 염분도 차이, 빛의 투과도 등 변화요인이 큰 편이다. 윤진숙, '해양생태계 관리방안 연구: 최종보고서', 한국해양수산개발원 (2006), p. 8.

언은 수산관리에 생태계 접근법을 적용하여 중 간 유기적 관계, 그리고 인간활동이 생태계에 미치는 영향 등을 언급하였다.³⁵⁶⁾ 생태계 접근방법은 제1차 작업반회의에서 MPA 관련 지침 접근방법 및 원칙의 하나로 언급된 바 있다.³⁵⁷⁾ UN해양법협약도 여러 생태계 접근방식의 맥아를 보이고 있다. 우선은 제62조의 EEZ 내 제3국의 생물자원 접근권을 허할 연안국의 의무를 들 수 있다. 이는 연안국의 관할권이 배분된 수역의 자원에 대해 최적의 이용을 이루기 위해 타국가와 어업이용을 공유할 수 있는 여지를 주는데, 이때 허용어획량을 고려한다는 요건이 있기 때문이다.³⁵⁸⁾

생태계 접근방법은 비록 국제법상 원칙에는 이르지 않지만 관할권 이원지역의 어족자원의 특성을 감안할 때 통합적 접근방법과 꼭 병행되어야 한다. 따라서 해당 접근방법을 전문이나 조문에서 직접 문언으로 언급되게 성문화 작업에 임하는 방안도 고민해볼 가치가 있을 것이다.

제 3 절 국제법상 어업자원 개발 및 보호판례

사실상 BBNJ회의 내에서 수산 혹은 어업의 문제를 다룰지 여부는 당사국 간 첨예한 논쟁을 야기한 바 있다. 원양어업 혹은 공해 어업이 EEZ내 어업량보다 압도적이지 않더라도, 관할권 이원지역의 수산자원을 통해 더 큰 해양개발을 모색하는 여러 국가들은 BBNJ 회의에서 어업문제를 회피하려는 경향을 보였다. 그러나 해양생물다양성을 다루고 있는 동 회의에서, 그리고 가장 실현가능성과 이행도가 높은 효율적인 체제인 MPA를 논의함에 있어 어업을 빼고 논의를 진행한다면, 이는 사실상 핵심이 빠진 체제 구성안이 될 가능성이 농후하다. 따라서 국제법에서 어업자원 그리고 어업권이 어떤 분쟁에 연루되었고, 또한 판례를

356) The 2001 Reykjavik Declaration on Responsible Fisheries in the Marine Ecosystem, FAO Doc. C200/INF/25, Annex I.

357) United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS), 'Chair's overview of the first session of the Preparatory Committee(28 March-8 April 2016)', Third Session of the Prepcom (27 March-7 April 2017), p. 10.

358) Gavouneli, *supra* note 54, p. 103.

통한 법리는 어떻게 발전하였는지 검토하여 현재 흐름을 읽어야 한다.

19세기 후반까지도 어업관련 국제분쟁은 어업권의 경제적 이익을 보존하는데 중점이었으나, 그 이후로는 국가의 어업권 혹은 어업수역 설정과 해양환경 및 어족자원의 보존과 연계된 분쟁이 다뤄지기도 하였다.³⁵⁹⁾ 이와 같은 변화는 연안국들이 당시 영해보다 더 넓은 근해 수역의 어족자원에 대한 관할권을 주장하려는 전략의 일부에서 나온 것이기도 하지만, 해양환경의 보호 및 어족자원의 보존이 쟁송에서 본격적으로 다뤄지는 괄목할만한 변화였다. 따라서 제3절에서는 국제 중재판정과 판결 중 해양환경의 보존과 어업이 다뤄진 예시를 정리해보고 그 발달사를 추적해보는 것을 목표로 한다. 물론 아직 관할권 이원 수역의 어업자원의 이용을 국제사회의 이익 혹은 공익으로 전제하고 국제환경법적인 측면에서 진행하기에는 무리라는 지적도 있다. 즉, 국제환경법상의 공동의 환경이익의 보호에 대한 인식에 비해 이를 추구하는 법적 기제가 부족하기 때문이다.³⁶⁰⁾ 그럼에도 불구하고 국제재판에서는 주권이나 관할권 문제와 결부되어 다양한 어업 관련 판례가 축적되어 왔으며, 이에 국제법상 어업자원의 개발과 해양환경의 보호에 관한 원칙이 어떻게 조화되어 왔는지 그 추이를 살펴볼 수 있다.

1. 초기 어업자원 보존 판례

(1) *Bering Fur Seals Arbitration*

베링해물개중재(Bering Fur Seals Arbitration) 사건은 공유생물 자원 보존을 위한 연안국의 관할권 한계 등을 쟁점화하여 국제환경법에도 기여한 판례다.³⁶¹⁾ 그중에서도 관할권 이원지역의 물개를 보호하기

359) O'Connell, *supra* note 33, p. 524.

360) Natalie Klein and Tim Stephens, 'Whaling in the Antarctic', in Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon, *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), pp. 540-541.

위한 규제를 도입할 국가의 권리가 보호에 관한 권리나 재산권 등의 다양한 법리가 주장되었던 점을 중점적으로 고찰해본다.

1) 배경 및 사안

알래스카 해역의 베링해(Bering Sea)에서 횡행된 ‘해양물개잡이 (pelagic sealing)’은 1867년 알래스카를 할양 받은 새로운 영역주권국 미국과 당시 캐나다를 지배하여 다른 여러 원양국가와 갈등을 빚고 있던 영국 간에 사안이다. 특히 어선, 어업장비의 발단과 어족자원의 보존 문제가 제기되어 공해 어업활동에 대한 국제 규제의 필요성이 대두되기 시작하였다. 미국은 물개 개체수의 감소에 대비하여 당시 영해 한계인 3해리 이원으로 물개보호 관할권을 확장하고자 하였고, 해당 정책에 의해 1886년 세 척의 영국령 등록선박을 불법어로행위를 이유로 나포했다. 또한 미국은 영해 이원의 해역에서 1886년부터 1890년까지 약 20여 척의 영국선박을 경고조치 혹은 나포하였는데, 영토로부터의 거리가 60마일을 넘어가는 것부터 115마일까지 되는 것도 있었다.³⁶²⁾ 1890년 Lord Salisbury가 해당 분쟁을 국제중재에 맡길 것을 제안하고, 미국 국무부의 James Gilliespie Blaine의 동의 하, 1893년 중재판정을 도출하였다.³⁶³⁾

361) *Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals* (이하 Bering Sea Fur Seals Case), 15 August 1893, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVIII, pp. 263-276; 이재곤, ‘베링해 물개중재사건’과 생물자원 보존을 위한 국제환경법 발전, 전북대학교 법학연구소 법학연구, 제44집 (2015), p. 353; Sands and Peel, *supra* note 295, p. 399.

362) *Award between the United States and the United Kingdom Relating to the Rights of Jurisdiction of United States in the Bering's Sea and the Preservation of Fur Seals (Decision of 15 August 1893)*, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVIII, Appendix C.

363) Suzanne Lalonde, ‘Bering Sea’, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1256?pr>

2) 관할권 이원지역 자원보존과 공해의 자유

본 판례에서는 미국은 연안국의 국익수호, 그리고 영국은 공해의 자유를 주장하며 대립하였다. 미국은 러시아의 주권을 이양받은 계승국으로서 혹은 자국의 권리에서 근거하여 베링해의 약 3분의 2 가량의 해역에 대해 입법 관할권을 보유한다고 주장하였다.³⁶⁴⁾ 그리고 만약에 관할권이 존재하지 않는다고 판단하는 경우, 공해의 해양생물자원인 물개가 미국 자국 영토에 특정 기간 동안 머무르는 점을 감안하여 미국이 재산권(property right)을 가지며 물개보존에 대한 권리를 향유한다고 주장하였다.³⁶⁵⁾ 이에 반해 영국정부는 공해의 자유 원칙에 의거하여, 야생동물에 관한 재산권이 존재하지 않으며, 물개의 포획은 공해의 자유 중 어업의 자유로 규율될 사안이며, 공해상 어족자원의 보존 권리의 존재를 부정하는 주장을 펼쳤다.³⁶⁶⁾ 여기서 중재재판정은 당시 통용되던 영해 3해리 원칙을 통해 미국의 베링해에 설정한 *dominion* 주장을 배척하였으며, 그 어느 국가도 타국의 항해를 방해할 수 없고, 해양에 대한 영토적 지배권을 주장할 수 없으며, 영국의 주장과 유사하게 어업수역과 영해의 한계를 동일시하였다.³⁶⁷⁾ 이중 전통적인 공해의 자유와 충돌한 해양생물자원의 법적지위, 보호의무와 수역설정에 대한 관할권을 좀 더 중점적으로 보면 다음과 같은 논의에서 비롯되었다.

우선 미국측 변호인 Carter는 물개에 대한 소유권이 자의적인 구분이 아니라 사회적인 대의에 의해 정당화되며, 자연법에 비취볼 때 인류의 이익을 위해 신탁되었으며, 약간의 예외를 제외하고는 소비를 위해

[d=EPIL#law-9780199231690-e1256-div1-5](#) (2009) (last visited on 6 October, 2017), para. 27.

364) Tim Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 201.

365) *Bering Sea Fur Seals* case (1893) para. 755, 793-4; O'Connell, *supra* note 33, p. 522.

366) *Ibid*, pp. 522-523.

367) O'Connell, *supra* note 33, p. 523.

서만 이용권이 있다고 주장하였다.³⁶⁸⁾ 또한 야생동물이라도 미국의 영토에 반복적으로 특정 시기에 머무른다면 기존의 가축과 같이 재산권을 주장할 수 있고, 해당 동물이 회귀하지 않는다면 이와 같은 적용을 중지한다고 보았다.³⁶⁹⁾ 또한 소유권의 개념이 실제 점유(possesssion)와는 구분되어 발달한 것으로 보아, 사회적으로 그 필요성이 인정되는 경우에는 점유하지 않아도 재산권이 인정될 수 있음을 보였다. 그 다음으로는 공해는 해양강국이 바다에 가지는 배타적 권리를 포기한 것이지만 여기에는 전시 및 평시 적용되는 자위권이 포함되지 않으며, 물개어획은 이와 같은 자위권에서 나온 영토 근접성에 의해 미국인이 자원을 이용하고 보존할 권리를 뒷받침한 데서 정당화될 수 있다고 보았다.³⁷⁰⁾ 미국은 자위권을 언급하며 *Caroline* 사건에서 위급상황시 자위범위가 넓어질 수 있다는 판시를 들었지만, 영국측의 Charles 경이 지적한 바와 같이 이는 어업과는 결이 다른 무력행사의 상황이라 적정한 법리 원용이라고 보기는 힘들 것이다.³⁷¹⁾ 또한 미국측은 Ceylon 측 연안 15해리 이원 수역에 설정된 진주잡이가 관할권 이원 수역에 대해서도 일국의 입법관할권이 효과가 있었던 사례라고 든 바 있으나³⁷²⁾, 영국측은 해당 수역의 행위는 역사적으로 지속되어 관행의 유지가 필요한 특수한 사례임을 들어 반박하였다.

특히 중재재판정은 공해 내 생물자원의 보존을 위한 영토국의 주권을 관할권 이원수역까지는 나아가지 못한다고 판단하였다. 즉 중재재판정은 연안국이 공해상 해양생물자원의 보존을 위한 관할권은 가질 수 없다는 것을 공해의 어업자유로 본 것이며, 자원의 보존을 위한 입법관할권과 해당 법의 진행관할권은 기국의 배타적인 권리라는 점을 보여준다.³⁷³⁾ 이에 더해 중재판정에서 물개보존을 위한 규칙 1조-9조를 규정

368) William Williams, 'Reminiscences of the Bering Sea Arbitration', *The American Journal of International Law*, Vol. 37, No. 4 (1943), p. 570.

369) *Ibid*, p. 571.

370) *Ibid*, p. 572.

371) *Ibid*, p. 578.

372) *Ibid*, pp. 573-574.

373) Donald Rothwell and Tim Stephens, *The International Law of the Sea* (Oxford:

하였는데, 여기서 영해 이원의 수역에서도 물개잡이 선박형태 제한(제2조), 물개잡이 금지기간 및 금지수역(제3조), 어획도구의 제한(제6조), 물개잡이 종사자 자격제한(제7조) 등의 공유 자연자원에 대한 초석을 닦았다. 다른 시각에서 보자면 관련국가의 합의에 의해 공해상 해양생물자원에 대한 규제, 특히 어로행위에 대한 규제마련도 가능할 수 있다는 점을 보여준다. 또한 이 중재판정은 미국, 영국, 일본, 러시아 등이 참가한 1911년 북대양의 물개의 보존과 보호에 관한 조치 협약으로 이어졌으며, 이는 야생동물의 보호를 목적으로 한 첫 국제적 협약이었다. 374)

3) 중재사건 후 합의

해당 판례는 아직 공해의 자유가 공해어업 규제보다 더 많은 지지를 받고 있었다는 점을 볼 수 있다. 또한 일국이 인류의 공동재산에서 자신의 몫을 향유하기 위해 혹은 해양환경의 보호를 이유로 다른 국가의 국내 문제에 개입할 여지를 넓게 두지 않았다. 따라서 일국의 입법관할권과 집행관할권은 모두 기국에만 적용된다는 이해에 기반한 것이다. 당시 국내환경법의 적용에 의한 역외관할권행사에 대한 금지는 일정부분은 천연자원에 대한 절대주권의 원칙에서 나온 것이라는 분석도 있다.³⁷⁵⁾ 하지만 해당 판결에서 다른 해양생물에 대한 보존을 위시한 어업 부문 역외관할권 행사는 화두가 되었지만, 이제는 남획에 수반되는 새로운 기술과 조업기법 때문에 기존의 판결 법리에 한계가 있음이 인정되고 있다.³⁷⁶⁾ 그럼에도 불구하고 한편으로는 중재판정단은 3년 동안 물개 사냥 금지안 등을 권고하기도 하였는데, 여기서 공해의 무조건적인 자유보다는 보존에 대한 의무를 조금씩 인지하기 시작한 예시라는 평가도 있다.³⁷⁷⁾ 공해와 같은 국제 공유지에 대해 역외관할권을 행사할 수 있는지

Hart Publishing, 2010), p. 294; 이재곤, *supra* note 361, p. 367.

374) Lalonde, *supra* note 363, para. 28

375) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 193.

376) *Ibid*, p. 400.

377) Vicuña, *supra* note 251, p. 15.

여부는 효과이론(effect doctrine) 등의 발달에 맞물려 지속적으로 이후 판례에서도 치열한 법리공방에 직면하게 된다.³⁷⁸⁾

(2) *Fisheries Jurisdiction Case (UK v. Iceland)*

1) 배경 및 사안

아이슬란드와 영국은 교환공문으로 1961년 아이슬란드의 12해리 배타적 어업수역을 인정하고 그 이상의 수역확장에 따른 분쟁은 ICJ에 회부하기로 했다. 1972년 해양 관할권의 확장이 점차 시도되자 아이슬란드는 어업수역 50해리 확대 법령을 일방적으로 공포하고, 영국과 독일이 해당 사건을 ICJ에 회부하였다.³⁷⁹⁾ 해당 사건은 어업수역과 관련된 해양 관할권의 확장의 근거를 검토한 계기였으며, 어로기술의 변화와 발전이 조약법 상의 사정변경의 원칙을 원용할 근거가 되는지도 논의한 판례였다.

2) 어로행위의 법적지위 논의

본 판례는 어업의 법적 지위를 명확히 하는데 기여하였다. 즉 어업은 절대적(absolute)인 권리가 아님을 판시하였다.³⁸⁰⁾ 물론 연안국에서 사회경제학적으로 어업이 중요한 생계수단인 특정상황에서는 관습법 하 공해 자원에 접근할 수 있는 우선적인 권리가 있음을 인정하였다.³⁸¹⁾ Castro 재판관의 개별의견에서는 대세적인 공유물(*res communis omnium*) 개념을 이용하여 어업권에 관한 이해를 설명하고 있는데, 공유

378) *Ibid.*, p. 195.

379) 정인섭, 정서용, 이재민, 『국제법 판례 100선』 (서울: 박영사, 2016), p. 219.

380) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports* (1974), pp. 3, 30-31.

381) *Ibid.* para. 72.

물인 공해를 소유권과 구분하였고 어업에도 이를 적용하였다.³⁸²⁾ 즉 어족자원을 잡을 권리를 어족자원에 대한 소유권으로 보는 것이 부적절하다고 판단한 것이다. 또한 ICJ는 1958년의 공해협정의 제2조를 원용하며, ‘공해의 자유를 행사하는 다른 국가의 이익을 적절하게 고려할 것’을 주문하였다. ICJ는 연안국이 12해리 이원 근해 수역에 어업에 대한 우선적인 권리(preferential right)가 있을 수는 있다고 보았지만, 우선적인 권리의 개념이 일방적인 행사는 아니라고 정의하고, 오랜 기간동안 어업을 해온 다른 국가의 공존하는 권리를 소멸시키지 않는다고 하였다.³⁸³⁾ 또한 어업자원에 대한 우선적 접근권은 1984년 *Gulf of Maine 경계확정 사건*이나 1993년 *Jan Mayen 사건*에서도 그다지 큰 효력을 발휘하지 못하였다. 물론 1999년 *Yemen-Eritrea 해양경계중재 사건*에서도 어업권이 여러번 등장하지만 국가의 권리인지 개인의 권리인지 혼재된 개념을 보여주었으며, 또한 어업에 대한 전통적인 권리에도 환경을 고려한 행정조치를 취할 의무가 있음을 판시하였다.³⁸⁴⁾ 이렇게 점차 연안국가의 어업자원에 대한 관할권적 권리에도 환경 및 여러 고려가 더욱 추가되었으며 따라서 제한이 가해지는 지점이 생성되고 있었음을 보여준다.

또한 본 판례는 공해에서 남획의 문제를 지적하며, 이전의 공해내 생물자원에 대한 laissez-faire에 입각한 접근방법보다는 모두의 이익을 위해, 즉 다른 국가의 권리도 적절하게 고려해야 할 의무를 인정하여야 한다고 하였다.³⁸⁵⁾ 이에 따라 이용가능한 과학적 증거로 분쟁수역의 어족자원을 검토하고, 형평한 이용을 추구하도록 판시하였다.³⁸⁶⁾

3) 판결 이후 합의

382) *Ibid.*, pp. 80-81.

383) *Ibid.*, pp. 27-28, para. 62.

384) *Ibid.*, para. 109.

385) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports (1974)*, p. 31, para. 74.

386) *Ibid.*

사건에서는 ICJ가 전통적인 어로행위의 자유에 제한을 가할 수 있는 근거로 인류 모두의 이익을 위한 보존의 필요성에 대한 'due regard'를 언급하였기에 관할권 이원지역에 생성될 수 있는 권리를 인정하였다는 해석도 나온다.³⁸⁷⁾ 즉, 공해의 자유가 절대적인 원칙이라기 보다는 해양 생물자원 보존과 조화되어야 함을 보여준 사례로도 언급된다. 해당 사건과 결부하여 1972년 스톡홀름 인간환경 회의는 지구상 천연자원의 보호의무를 어업차원에서 논하였고, FAO등 어업관련 국제기구에 방안을 촉구하는 행동계획을 발표하기도 하였다.³⁸⁸⁾ 이러한 분위기 속에서도 현존 유엔해양법협약에서 해양생물다양성 보존, 특히 생물자원에 대한 명시적인 조문은 구비되지 않았으며 제117조, 제118조, 제119조 정도가 동 사건에서 영향을 받아 해양생물다양성 논의가 거의 어업활동에 초점을 맞추게 되었다.³⁸⁹⁾

또한 본 판례는 당시 UN해양법협약 성안과정과도 영향을 주고 받았다. 1974년의 본안판결은 12해리 이원수역에서는 타국의 기득권의 보호에 좀 더 주목한 바 있으나, 당시 유엔 해양법협약 회의에서 이미 200해리 어업수역을 인정하는 쪽으로 논의가 전개되어 갔기에 해당 어로 분쟁은 타협으로 귀결되었다.³⁹⁰⁾ 해당 판례는 1960년부터 어업 관할권에 관해서 한 진영에서는 영해의 12해리 확장, 다른 한쪽에서는 개별적으로 근접 어업수역을 확립하려던 다소 간극이 큰 두 접근방법을 통일하는 계기가 되었다. 즉, 12해리의 영해와 인접 어업수역, 즉 EEZ가 설정되게 된 것이다.³⁹¹⁾

2. 국가관할권 이원수역 어업자원 판례

200해리 이원의 어업자원이 제소국의 논점으로 부각된 판례로는

387) Tanaka, *supra* note 147, p. 45.

388) UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972), p. 16, Stockholm Recommendation 47.

389) Tanaka, *supra* note 147, p. 136.

390) 정인섭, 정서용, 이재민, *supra* note 379, p. 223.

391) O'Connell, *supra* note 33, p. 531.

1998년의 ICJ의 *Case concerning Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, 1999년 ITLOS의 *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, 그리고 2015년 PCA의 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*이 있다. 그러나 각각의 판례는 다양한 이유에서 재판관할권을 결하거나 잠정조치에 머무르는 등 본격적인 법리 논의에까지는 이르지 못하였다. 각 판례에서 재판관할권이 없다는 판결로 이끈 사안 중 국가관할권 이원 수역의 어업자원이라는 특성과 관련있는 부분을 검토해본다. 이에 따라 향후 국제소송에서 국가관할권 이원 수역의 어업자원을 고려할 수 있는 여지가 있을지, 아니면 현 체제상으로는 한계를 노정하기에 국제적, 다자적인 MPA 체제를 통한 어업자원 갈등을 규율해야 할지 그 단초를 얻을 수 있을 것이다.

(1) *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)* 392)

1) 배경 및 사안

1994년경 캐나다 연안으로부터 200마일 해역과 그 이원의 경계 왕래성 어종은 스페인과 포르투갈 조업선의 남획으로 거의 고갈지경에 이른 상태였다. 이에 캐나다는 캐나다와 유럽연합이 모두 당사국인 북대서양수산기구(Northwest Atlantic Fisheries Organization: 이하 'NAFO')에 Greenland Halibut에 대한 총어획량의 제한을 건의했고, 이를 수락한 NAFO는 EU선박에게 3,400톤을 할당하였다. 그러나 EU는 이를 거부하고 자의적으로 18,630톤을 설정하여 분쟁의 시초가 되었다.

1994년 5월 10일 캐나다는 ICJ의 관할권 수락선언에 2(d) 단락을 추가하였다. 추가내용은 캐나다가 1978년 북서대서양 다자간 장래 어업

392) *Estai case (Canada v. Spain)* 으로 명명되기도 한다.

협력에 관한 협정 (Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries)³⁹³⁾에 정의된 북서대서양수산물기구 규제수역 (Northwest Atlantic Fisheries Organization Regulatory Area) 내 어업선박에 대한 '보존 및 관리 조치(conservation and management measures)'의 적용 및 이행에서 초래된 분쟁을 명시적으로 배제한 것이다. 이를 뒤에는 캐나다 수산업보호법 (Canadian Coastal Fisheries Protection Act: 이하 'CFPA')의 세부 이행규칙도 개정하여 상기 유보사항 2(d)에 적용되는 공해수역에서 조업을 하는 외국선박에까지도 보존조치를 이행할 수 있도록 권한을 부여했다.³⁹⁴⁾

이후 1995년 3월 9일 캐나다 해양경찰은 스페인의 트롤어선 (trawler)인 Estai호를 캐나다의 200해리 EEZ 이원수역, 즉 관할권 이원지역인 공해에서 나포하였다. 캐나다는 후일 스페인과 유럽연합 집행 위원회의 항의에도 불구하고 해당 조치를 Greenland의 가자미(turbot) 조업 구역의 남획을 막기 위한 조치였다고 항변하였다. 이에 스페인은 1995년 3월 28일 ICJ규정 제36조 제2항에 의거하여 공해상의 Estai호 나포의 불법성을 판단해 달라며 본 사안을 ICJ에 회부하였다. 판결이 나오기 전인 1995년 4월 20일 캐나다는 유럽연합 집행 위원회와 수산자원의 보존과 관리에 대한 합의의사록(Canada-European Community Agreed Minute on the Conservation and Management of Fish Stocks)을 작성했고, 이에 캐나다와 스페인 간 Estai 호 관련 쟁송의지도 경감하였다.³⁹⁵⁾ 결과적으로 1998년 12월 4일 ICJ는 12대 5로 해당 분쟁이 관할권

393) 1978년 5월 20일 채택, 1979년 1월 1일 발효하였다. 우리나라도 1993년 12월 21일 비준서를 기탁하고, 1993년 12월 21일에 발효한 바 있다.

394) Michael Sean Sullivan, 'The Case in International Law for Canada's extension of Fisheries Jurisdiction beyond 200 Miles', *Ocean Development and International Law*, Vol. 28, (1997), pp. 203-204; Christopher Joyner & Alejandro von Gustedt, 'The turbot war of 1995: Lessons for the Law of the Sea', *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 11, No. 4 (1996), p. 425.

395) C. Joyner, On the Borderline? Canadian Activism on the Grand Banks, in Olav Schram Stokke (ed.), *Governing the High Seas Fisheries: The Interplay of Global and Regional Regimes* (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 207-234. ; Bernard H. Oxman, 'International Decisions: Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)',

을 결한다고 판정하였다.

2) 어업보존 조치 및 공해내 관할권 행사

스페인에 해당 사건을 회부할 때 캐나다가 ICJ의 관할권 수락에 대한 유보 중 보존 및 관리조치에 대한 부분을 무력화시키기 위해 캐나다 국내법을 통해 공해에서의 관할권 행사를 쟁점화하려고 시도했다. 특히 Estai호에 대한 나포행위가 공해의 어업의 자유와 항행의 자유를 위반한 행위라는 주장을 펼쳤고, 배상을 요구하였다.

그러나 ICJ는 제36조 2항 하 선언을 요소를 볼 때 ICJ규정은 전체적으로 균형있게 검토해야 하며, 동 사건에서도 캐나다의 유보선언을 좁게 해석할 이유가 없다고 보았다.³⁹⁶⁾ 특히 강제관할권 수락에 대한 선언은 국가주권의 일방적인 행사의 일종이라고 보면서, 해석에 있어서 강제 관할권을 수락하지 않은 국가와의 관계에서도 그 특수성을 고려해야 한다고 판시하였다.³⁹⁷⁾ 특히 캐나다의 강제적 관할권 수락선언을 자연스럽고 합리적인 방법으로 해석함에 있어 유보국의 의도 및 유보의 목적에 적절한 주의를 기울이기 위해 장관발언, 국회 내 논의사항, 입법 초안, 언론 보도 등을 참작하였다.³⁹⁸⁾ 따라서 캐나다 수산업보호법의 개정사안은 기존의 법과 통합적으로 봐야 하며, 기술적으로나 과학적 요건상 ‘조치’로 볼 수 있으며 유보선언 내 ‘보존 및 관리조치’에 캐나다의 법안, 이행규칙, 행정처분 등을 모두 범위 내로 두었다. 그리고 해당 법의 적법성에 대한 분석은 관할권 존부 문제가 해결된 후 다를 본안의 문제로 파악하였다.³⁹⁹⁾ 이와 같은 해석은 물론 ICJ가 강제관할권 수락국의 유보선언에 대해 관대하고 폭넓은 해석을 적용하여 유리한 점도 있었지만, ‘보존

Jurisdiction, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2 (1999), p. 503.

396) *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, para. 47, p. 454.

397) *Ibid.*, para. 46, p. 453.

398) *Ibid.*, para. 51.

399) *Ibid.*, paras. 64-74.

및 관리조치'에 대해 일국이 관할권 이원지역에 대해 지역적 혹은 국제적인 합의에 근거한 조치 이행까지 포섭한 점은 눈여겨 볼 만하다.⁴⁰⁰⁾

또한 ICJ는 스페인 조업선이 나포당한 부분에서, 공해 내에서 나포와 같은 무력 사용은 무국적선이나 편의치적을 남용하는 선박에만 적용되어야 하므로 캐나다의 조치가 '보존 및 관리조치'에 포섭되지 않는다는 주장도 배척하였다.⁴⁰¹⁾ 1995년 UN공해협약 제22조 제1항 (f)에 의하면 승선 및 검색을 위한 기본절차에 '검색관의 신변안전을 보장하기 위해 필요한 경우 필요한 정도까지, 또한 검색관의 임무수행이 방해 당하는 경우를 제외하고는 무력사용을 피해야 하지만, 무력 사용의 정도는 해당상황에서 합리적으로 요구되는 수준을 넘은 것은 아니라고 보았다.⁴⁰²⁾

스페인은 마지막으로 유보선언 2(d)의 '보존 및 관리조치'의 추가가 '자동적 유보(automatic reservation)'가 되어 ICJ규정 제36조 6항의 위반이라는 주장을 전개했지만 관철시키지 못하였다.⁴⁰³⁾ ICJ는 재판소가 유보를 해석할 자유를 향유하며 캐나다의 '보존 및 관리조치'에서 촉발되는 분쟁의 미적용을 합당한 유보로 확인하였다. 따라서 ICJ가 본사안에서 관할권이 없음을 결정하고, 공해의 NAFO 규제수역 내 Estai호의 나포의 적법성을 판단하지 아니하였다.

3) 판결 후 합의

해당 판결에는 두 명의 재판관이 반대의견을 표출하였는데, 특히 강제관할권에 대한 유보가 국제법의 기본원칙을 거스르는 행위에 대한 재판관할권을 배제할 수 있는지에 대한 의문을 제기하기도 했다.⁴⁰⁴⁾ 특

400) Oxman, *supra* note 395, p. 506.

401) *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, paras. 53-54.

402) *Ibid.*, para. 81.

403) *Ibid.*, para. 86.

404) Louise De La Fayette and Malcolm D. Evans, 'The Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada), Judgment of Jurisdiction of 4 December 1998', *International and*

히 국제법은 국가들의 합의체계(consensual system)에 기반하기 때문에 보존과 관리 조치라는 유보가 합의체계 내 적법성에 대한 소실점(vanishing point)로 작용해서는 안 된다는 지적이 있었다.⁴⁰⁵⁾

또한 캐나다의 일련의 조치는 국가관할권의 연장, 영유권 주장, 그리고 UN해양법협약 상 제56조의 EEZ에서의 연안국의 권리, 관할권 및 의무에 근거한 조치는 아니다. 하지만 UN해양법협약의 제63조 2항 2개국 이상 연안국의 EEZ에 걸쳐 출현하거나 EEZ와 그 바깥의 인접수역에 걸쳐 출현하는 어족, 제87조 공해의 자유 제116조 공해어업권 등에서 연안국이 경래왕래성 어족에 대해 보유하는 특별한 이익에 대한 인식이 표출된 것이다.⁴⁰⁶⁾ 그리고 UN해양법협약이 금지한 200해리 이원 수역에 대한 국가의 관할권 행사에 의거한 일국의 일방적인 조치라고 보기보다는 지역수산기구의 기조에서 행한 것이라는 시각도 존재한다.⁴⁰⁷⁾

(2) *Southern Bluefin Tuna Case*

1) 배경 및 사안

호주, 뉴질랜드, 일본은 1982년 이래 남방참다랑어의 총허용어획량(Total Allowable Catch)을 규정했으며, 남방참다랑서보존협약(CCSBT)를 체결하여 지속적으로 어획량과 보존을 논의했다.⁴⁰⁸⁾ 그러나 1997년에는 세 국가 간 합의에 이르지 못하였고 점차 분쟁의 여지가 생

Comparative Law Quarterly, Vol. 48, No. 3 (Jul., 1999), p. 664.

405) *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, Dissenting Opinion of Vice-President Weeramantry, p. 502, paras. 24-25.

406) Sullivan, *supra* note 394, p. 229.

407) *Ibid.*, p. 230.

408) 일본은 후일 UN해양법협약은 당사국 간 1996년에 발효하였고, CCSBT는 1993년에 체결되었으므로 약 2년 2개월의 기간동안은 CCSBT만이 당사국간 적용되었기에 이러한 사실관계에서 UN해양법협약에 의한 의무부과를 제한하려는 주장도 했다. 박현석, ‘남방참다랑어 사건: 排除되지 않은 節次의 排除?’, 『국제법학회논총』, Vol. 46, No. 1 (2001), pp. 138-139.

기기 시작하였다. 1999년 호주와 뉴질랜드는 일본의 일방적인 시험조업으로 인해 남방참다랑어(Southern Blufin Tuna)어족에 중대하고 회복불가능한 피해에 대응하기 위해 UN해양법협약 제7부속서에 사건을 회부하고, 국제해양법재판소(ITLOS)에 가처분신청을 요청하였다.⁴⁰⁹⁾ ITLOS는 1999년 8월 27일에 ITLOS가 본건에 대한 관할권을 가지고, 시험조업은 합의가 없는 한 수행하지 말아야 하며, 호주 뉴질랜드, 일본이 달리 합의하지 않는 한 마지막으로 합의한 각각의 쿼터(호주 5,265톤, 일본 6,065톤, 뉴질랜드 420톤)를 넘지 않고, 1999년 시험조업에 의한 어획량은 1999년과 2000년 사이 쿼터에서 삭감조치하며, 마지막으로 호주, 뉴질랜드, 일본은 남방참다랑어 조업국(한국, 인도네시아) 및 실체(대만)의 어족자원의 보존과 최적이용을 위한 합의에 도달하도록 노력하라는 가처분 조치(provisional measure)를 내린 바 있다.⁴¹⁰⁾

2) 가처분 조치의 전제조건과 사전주의 원칙

본 사건에서 ITLOS는 UN해양법협약 제290조를 통해 일본의 시험조업의 자제를 담은 잠정조치를 판시했는데, 해당 조치는 ITLOS의 사전주의 원칙 적용이 보이는 대목이다.⁴¹¹⁾ 우선 호주와 뉴질랜드는 UN해양법협약 제64조, 제116조, 제119조 상의 공해어업과 해양환경 보호 간 관계에 따라 일본의 시험조업이 어족자원의 보호조치를 지키지 않은 자국 선박에 대해 조치할 의무를 위반한 것이라고 주장했다.⁴¹²⁾ 이는 UN해양법협약의 어업자원 보존과 해양환경 보호 및 보존 간 연결고리를 만든 것이었다. 이에 더해 호주는 UN공해어업협정의 제6조에서 국가들이

409) *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan*, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, 4 August 2000, pp. 1-57 (이하 Southern Bluefin Tuna case).

410) 김선표, '호주·뉴질랜드와 일본간 남방참다랑어 분쟁에 관한 국제해양법재판소의 가처분 조치에 대한 법적 평가', 『해양정책연구』, 제14권 2호, p. 97.

411) *Southern Bluefin Tuna case*, *supra* note 409, paras. 77-80.

412) *Ibid.*, para. 70.

경계왕해어족이나 고도회유성어족의 보존, 관리 및 개발에 사전주의원칙을 명시적으로 규정한 점을 들었으며, 일본은 상기 협정의 서명국이기에 이를 신의성실하게 이행해야 한다고 보았다. 또한 VCLT 제18조상에서도 서명국이 당사국이 되지 않겠다는 의사를 명백하게 표현하지 않는 이상 조약의 목적과 대상(object and purpose)를 저해하는 행위를 삼가야 할 의무를 지고 있음을 방증하였다. ITLOS는 남방참다랑서 어종 보존조치에 과학적 불확실성이 있고, 호주와 뉴질랜드가 제시한 증거가 과학적 확실성을 가진다고 보기는 힘들지만, 동 어종의 심각한 침해(serious harm)를 방지하고 당사국의 권리 보존을 위해서라도 사리분별있고 신중하게(with prudence and caution) 긴급조치를 취한 것이다.⁴¹³⁾ 과학적으로 시험조업 조치에 대해 확실성을 담보할 수 있는 상황은 아니었지만 당사국의 권리 보호 및 참치어족자원의 고갈 등에서 상황의 긴급성을 도출해낸 것이다.⁴¹⁴⁾ 이와 같은 행보는 후일 2011년 *Responsibilities and Obligations in the Area* 사건에서 심해저개발 후원국의 상당한 주의의 일반원칙에도 같은 문구와 함께 명시적으로 사전주의적 접근을 명시하는 계기가 되었다고 볼 수 있다.⁴¹⁵⁾

3) 판례의 합의

해당 판례는 공해의 어로행위를 지속가능한 방법으로 보존하고 관리할 일반적 의무가 어업관습법의 일부가 되었다고 평가하였다.⁴¹⁶⁾ 이와 같은 경향은 국가 실행에서도 많은 국가가 전통적인 어업의 자유대신

413) *Ibid.*

414) Treves 재판관들은 개별의견에서 긴급성의 요건이 사전주의 접근에서 도출되기 때문에 잠정조치 허용명령에서 사전주의적 접근 용어를 명시적으로 판시 않은 것에 대해 아쉬움을 남긴 바 있다. Separate opinion of Judge Treves, para.8; 그러나 Ad Hoc Judge Shearer 등은 사전주의 논의를 피하려는 경향을 보이기도 했다.

415) *Responsibilities and Obligations in the Area case*, Advisory Opinion of 1 February (2011), paras. 121-2, 125-127; 131.

416) *Ibid.*, para. 77-79; Separate opinion of Judge Laing, paras. 16-19; Separate Opinion of Judge Treves, paragraph 9, Separate opinion of Judge Shearer.

보존조치에 대해 협력하지 않기 위해서는 지속적인 반대를 해왔음을 보여야 하는 등 입증책임이 변경되었음에서도 해당 판례의 영향력을 볼 수 있다.⁴¹⁷⁾

그러나 거시적으로 볼 때 해당 사건은 지역 혹은 소지역 어업관련 협정의 이행 메커니즘이 합의에 의존하기에 약할 수밖에 없다는 점을 여실히 보여준다.⁴¹⁸⁾

(3) *Chagos MPA Arbitration*

1) 배경 및 사안

차고스(Chagos) 제도는 영국의 해외 영토 14곳 중 하나인데, 영국령 인도양 지역(British Indian Ocean Territory; BIOT)로써 관리되고 있었다.⁴¹⁹⁾ 해당 지역은 1968년부터 1973년 동안 지역인구를 이동시킨 바 있기에 상주하는 인구가 없다고 판단되었고, UN헌장 제11장이 적용되는 비자치지역(non-self governing territory) 목록에도 등재되지 않는 등 Falklands/Malvinas, Gibraltar와는 달리 취급되었다.⁴²⁰⁾ 이에 모리셔스와 영국이 차고스 제도에 둘 다 주권을 주장하고 있는 상황이었고, 더욱 복잡한 것은 제도 내 가장 큰 섬인 Diego Garcia 섬에는 미군기지도 상주하는 상황이었다.⁴²¹⁾ 1964년부터 1965년까지 영국과 미국은 차고스

417) Gavouneli, *supra* note 54, p. 119.

418) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 421.

419) *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (이하 Chagos MPA Case)*, Award, 18 March 2015, p. 30, para. 81.

420); Michael Waibel, *Mauritius v. UK: Chagos Marine Protected Area Unlawful*, EJIL:Talk! (published on April 17, 2015), available on <https://www.ejiltalk.org/mauritius-v-uk-chagos-marine-protected-area-unlawful/> (last visited on October 9, 2017); *Chagos MPA case*, *supra* note 419, p. 167, para. 424.

제도 분리, 그리고 모리셔스 지방정부의 보상조건을 토의하는 ‘Lancaster House Meeting’을 가졌다.⁴²²⁾ 해당 회의를 통해 영국과 미국은 1966년 BIOT 사용 협정을 체결하였고, 영국은 1968년부터 1973년 차고스 제도의 주민을 강제 이주시켰다.⁴²³⁾ 모리셔스는 1968년부터 1980년 사이에는 별 다른 항변을 제기하지 않았지만, 이후에는 차고스 영유권에 대한 문제를 지속적으로 국제사회에 표출하였다.

이와 같은 역사적 영유권 분쟁 상황속에서도 어업 문제에 대해서는 양국간 재차 분쟁의 소지가 생겨났다. 1991년 영국의 차고스 제도 주변 200해리 수역에 설정한 어업보존 및 관리(Fisheries Conservation and Management Zone: 이하 ‘FCMZ’)⁴²⁴⁾, 2003년에는 동일 수역에 환경보호 및 보존 수역(Environmental Protection and Preservation Zone: 이하 ‘EPPZ’)⁴²⁵⁾ 등에 관한 분쟁이 촉발되었다. 그리고 2009년 영국은 또 다시 차고스 제도에 대형 해양공원을 설립하고, MPA를 설정하기 위해 모리셔스와 협상하였으나 영유권 문제에 부딪혀 합의에 이르지 못하였다.⁴²⁶⁾ 그럼에도 불구하고 2010년 BIOT 판무관(commissioner)이 MPA의 설정을 선포하고, 영국 외무장관이 모리셔스의 수상에게 해당 공지를 통보하였다.⁴²⁷⁾

이에 모리셔스는 2010년 12월 UN해양법협약 제7부속서 제287조에 의거하여 영국의 차고스 제도 MPA에 대해 중재재판을 회부하였고, 2015년 3월 18일에는 중재판정이 발표되었다. 주목할 점은 중재재판부 영국과 모리셔스 중 어느 국가가 연안국의 권리를 가지는지 UN해양법협약에 따라 판단할 관할권이 없다고 판단하였지만 그 와중에 영국의 일방적인 MPA 선언이 모리셔스의 권리를 무시한 처사며, UN해양법협약의 제2조 제3항, 제56조 제3항, 그리고 제194조 제4항에 근거하여 MPA

421) *Chagos MPA case*, *supra* note 419, p. 21, para. 71

422) *Ibid.*, p. 24, para. 74.

423) *Ibid.*, p. 35, para. 90.

424) *Ibid.*, p. 44, para. 119.

425) *Ibid.*, p. 45, para. 123.

426) *Ibid.*, p. 46, paras. 126, 129.

427) *Ibid.*, p. 63, para. 152.

가 위법하다는 판정을 내린 것이었다. 428)

2) 관할권 판정 내 MPA 설정 논의

모리셔스의 청구취지 중 어업 및 MPA 설정에 관련된 내용은 다음과 같다. 첫째, 영국은 UN해양법협약상 제2조, 제55조, 제56조, 제76조 상의 "연안국"이 아니기에 MPA 설정권을 가지지 않는다.⁴²⁹⁾ 둘째, 모리셔스야말로 UN해양법협약 제56조 제1항 및 제76조 제8항에 근거한 연안국의 권리를 보유하기에 영국이 일방적으로 MPA를 설정할 수 없다.⁴³⁰⁾ 그리고 마지막으로 영국의 MPA 설정 행위가 UN해양법협약 제2조, 제55조, 제56조, 제63조, 제64조, 제194조, 제300조, 그리고 공해어업협정 제7조의 의무와 양립하지 않는다는 것이었다.⁴³¹⁾

우선 첫 논점을 다룸에 있어 영국이 차고스 제도의 '연안국'이 아니라는 주장은 영토 주권문제로 포섭된다면 중재재판의 관할권이 문제시될 수 있었다. 그러나 모리셔스는 해당 연안국 판정문제가 영유권의 존부 문제가 아니라 연안국의 의미에 관한 협약의 일반적 해석에 대한 청구라고 주장했다.⁴³²⁾

이에 따라 중재재판소는 UN해양법협약 제288조의 관할권에 따라 합당하고, 영국과 모리셔스가 해당 논점에 관해 제298조의 선택적 예외 중 하나인 권원, 주권 혹은 그 밖의 그 밖의 권리에 관한 분쟁을 제외하지 않았더라도 문제의 핵심사안인 '연안국' 여부를 판단하기 위해서는 Lancaster House Undertaking 등과 얽힌 주권 및 영유권 관련 협의의 검토해야 하는 점에서 관할권이 있다는 주장에는 동의하지 않았

428) David P. Stewart (ed.), 'International Decisions: In re Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. UK), PCA Case No. 2011-3 (UNCLOS Annex VII Arb. Trib. Mar.18, 2015)', *The American Journal of International Law*, Vol, 109, No. 4 (2015), p. 845.

429) *Chagos MPA case*, *supra* note 419, p. 69, para. 158.

430) *Ibid.*

431) *Ibid.*

432) *Ibid.*, p. 76, paras. 177-178.

다.⁴³³⁾ 하지만 몇몇 중재재판관은 첫 번째 청구취지는 MPA 설정에 관한 연안국의 권한을 다루었으므로 주권 문제와 별도로 볼 수 있고, 제도에 대한 영토 관할권의 행사에 대한 주장을 전혀 포함하지 않은 제한된 청구취지를 회부하였다는 점을 들어 반대의견을 표명하기도 하였다.⁴³⁴⁾

그리고 모리셔스의 UN해양법 협약 상 제56조 제1항과 제76조 제8항 상의 연안국의 권리 향유 판정에 대한 두 번째 논점에 대해서도 관할권 부재 판정이 나오게 되었다. 영국과 모리셔스 간 Lancaster House Meeting을 거쳐 설정된 Lancaster House Undertaking⁴³⁵⁾ 상의 여러 약속을 고려함에 있어 수반되는 문제는 양국간 영유권 분쟁의 검토가 따라오는 부분이었다.⁴³⁶⁾ 따라서 식민지 시대 상황이라는 특수한 사정에 연관된 영토주권에 대한 판단은 유보되었으며, 재판부는 해당 청구에는 관할권 없음으로 결론내렸다.

마지막으로 영국의 MPA 설정의 위법성에 대해서는 중재판정부의 관할권이 인정되었으며, 또한 MPA와 관련된 권리와 의무에 대한 분석이 행해졌다. 모리셔스는 영국의 MPA는 UN해양법협약 제297조 제1

433) *Ibid.*, p. 88-89, paras. 212, 215-216.

434) *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Dissenting and Concurring Opinion, Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, p. 3, paras. 10, 13,

435) Lancaster House Undertaking의 내용 중 어업과 MPA 설정과 직결된 부분은 다음과 같다.

[...]

(vi) 영국정부는 차고스 제도에서 모리셔스 정부가 다음의 시설 등을 이용할 수 있도록 미국정부에 주선함.

(a) 항해 및 기상시설

(b) 어업권

[...]

(vii) 차고스 제도에 설치된 시설의 필요성이 없어졌을 때 이 섬을 모리셔스에 반환함.

(viii) 차고스 제도와 그 인근에서 광물과 석유로 인한 이득 발생 시 모리셔스 정부에 귀속됨

; 윤영민, 김임향, 이윤철, ‘영국·모리셔스 간 차고스제도 해양보호구역 문제에 관한 중재 재판 판결의 분석 및 시사점’, 『海事法研究』, Vol. 27, No. 3 (2015), p. 6.

436) *Chagos MPA case*, *supra* note 419, p. 92, paras. 228-229.

항 (c), 즉 연안국이 동 협약에 의하여 수립되었거나 또는 권한있는 국제기구나 외교회의를 통하여 동 협약에 부합되게 수립되어 연안국에 적용되는 해양환경의 보호와 보전을 위한 특정의 규칙과 기준(international rules and standards)에 위반되는 행위이므로 재판부가 관할권을 가진다는 논리를 펼쳤다.⁴³⁷⁾ 이에 영국은 EEZ의 생물자원에 대한 주권적 권리의 행사며, 제297조 제3항 (a)에 따라 연안국은 EEZ의 생물자원에 대한 자국의 주권적 권리 및 그 행사(허용어획량, 자국의 어획능력, 다른 국가에 대한 잉여량 할당 및 자국의 보존관리법에서 정하는 조건을 결정하는 재량권 포함)에 관련된 분쟁을 중재판정 해결절차에 회부하는 것을 수락할 의무를 지지 않는다고 반박하였다.⁴³⁸⁾ 그러나 재판부는 MPA조치의 범위와 성격을 판단함에 있어 해당 MPA가 단순히 어업을 넘어서 환경 전반에 대한 조치로 귀결될 수 있다고 보았기에 제297조 제3항 (a)를 적용하지 않았다.⁴³⁹⁾ 또한 영국이 차고스 제도를 모리셔스에 반환하겠다는 영국의 약조에 따른다면 연안국이 제56조의 연안국의 권리를 향유할 수 있으리라 보았다. ⁴⁴⁰⁾

3) 본안 판정 후 함의

재판부는 마지막 청구 사안에 대해 관할권을 인정하였고 MPA 설정이 협약 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제194조 제4항을 위반한다는 판정을 내렸다. 이중 제194조 제4항은 MPA 설정국이 해양환경 오염 방지, 경감 및 통제 조치를 취할 때 다른 국가의 권리행사나 의무 이행상 수행하는 활동을 부당하게 방해하지 않을 것을 주문하므로 심도있게 살펴볼 필요가 있다.

우선 재판정은 제194조 제4항의 범위가 동조 제5항에 더 구체적으로 기술되어 있다고 판단하였다. ⁴⁴¹⁾ 특히 동항은 오염뿐만 아니라 생

437) *Ibid.*, p. 96-97, paras. 241-243.

438) *Ibid.*, p. 98-99, paras. 246-247.

439) *Ibid.*, p. 113-119, paras. 291, 304-305.

440) *Ibid.*, p. 118, para. 304.

태계의 보호와 보전 관리 모든 조치를 포괄하며, MPA는 적용범위에 든다고 판단하였다. 제194조 제1항의 경우에는 선행조치나 특정 기한을 설정하지 않아 위반사항을 찾기 힘들지만, 제4항의 목적상 환경적 고려가 모리셔스의 어업권 침해 가능성이 있음이 판시되었다. 영국은 이를 정당화하기 위해 어업권 침해의 범위에 대한 평가, 대안의 가능성 고려, 그리고 각종 연관도니 권리와 정책을 분석한 뒤 절차적인 면에서 모리셔스에게 이를 충분히 설명하고, 최소한의 조치 등을 취할 것 등을 충족해야 하지만 Lancaster House Undertaking 등에서는 이를 찾을 수 없었다.⁴⁴²⁾ 따라서 재판정은 MPA 선언이 제194조 제4항상 모리셔스의 어업활동과 양립할 수 없다고 보았다. 특히 재판소는 MPA의 실제적인 질, 혹은 성격, 그리고 해양환경보호에서 중요도 정도를 파악하지는 않았지만, MPA의 설정 절차상 영국이 주권보호와 해양환경보호를 모두 만족할 수 있도록 MPA 선언 전 협상 등을 더욱 적극적으로 개진했어야 한다고 보았다.⁴⁴³⁾

해당 판정은 식민주의 문제, UN해양법협약상 분쟁해결기관의 관할권 성립, 혼합분쟁 등의 다양한 함의를 제공하지만 본고에서 다루는 공해상 MPA와는 접점이 많다고는 볼 수 없다. 하지만 MPA의 설정을 다룸에 있어서 특히 제194조의 여러 항에 걸쳐 절차적인 부분을 검토한 부분에서 다각적인 함의를 볼 수 있다.

3. 소결

본 장 제1절에서는 관할권 이원지역에 대한 해양환경의 고려 범위 및 외연이 어디까지 인지 생각해보는 기회를 가졌다. 그 다음으로는 제2절에서 UN해양법협약 내 문언에 따를 때 국제환경법 주요 조역인 CBD와 어떤 상호관계를 구성하는지 조문별로 파악하였다. 제2절은 UN

441) *Ibid.*, p. 211, para. 538.

442) *Ibid.*, pp. 211-212, paras. 540-541.

443) *Ibid.*, p. 212, para. 544.

해양법협약이 해양환경을 다룰 때 준거가 되는 국제법상 주요 원칙으로 월경 피해 방지의 원칙, 국제협력의 원칙, 세대내 및 세대간 형평, 사전 주의의 원칙, 생태계적 접근방법에 대해 사유하였다. 여기서 사전주의 원칙과 생태계적 접근 방법은 중요성에도 불구하고 UN해양법협약에 충분히 반영되지 않았기에 꾸준한 문제제기가 필요하다는 점을 지적하였다. 이를 위해서는 권위적이고 지배적인 의사결정의 과정을 거쳐도 두 원칙이 공공질서를 받칠 수 있는 가치와 이익으로 발돋움할 수 있으리라는 기대를 가지게 한다. 그러나 결국 제일 중요한 것은 판례에서 보여준 원칙 적용에 관한 국가실행과 당시 보편적 법질서제도가 향유하던 가치와 이익에 대한 정리일 것이다.

초기 어업관련 판례인 Bering Fur Seals Arbitration 등에서는 공해의 자유 원칙이 확고하여 일국이 영해 이원수역의 어업자원에 대해 권리를 주장하거나 환경보호를 위시한 역외관할권 주장이 통용되기 어려웠음을 볼 수 있었다. 이는 기존의 국가들이 국제법의 목표인 공적 질서의 수립에 필요한 가치 체계 내에서 '철저히 '안보', '위신', 그리고 '부' 등에 입각한 가치를 추구하고 있었음을 단적으로 보여주었다. 그러나 *Fisheries Jurisdiction Case (UK v. Iceland)*의 경우 어업권이 절대적인 권리가 아니며 해양환경의 고려가 상기 판례와 같이 어업권의 국제법적 지위나 인식이 조금씩 변해온 것을 알 수 있다. 특히 FAO의 Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas⁴⁴⁴⁾ 등 역시 공해 어업이 절대적인 권리가 아님을 보여주며, 어업권이 보존 및 관리 조치와 조화를 이뤄야 한다는 이해를 바탕으로 한다. 이러한 경향은 국제 어업레짐에서 해양에 대한 국가이익이나 권한에 대한 이해가 국제 공동체의 이익인 해양환경과 어업자원의 보존을 점차 더 고려하는

444) 동 합의에서 공해 해저 트롤링 어업행위를 수행하는 국가는 일본이 유일하다. FAO, 'Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas' (1995), available at <http://www.fao.org/docrep/MEETING/003/X3130m/X3130E00.HTM> (last visited on 13 October, 2017).

방향으로 선회하고 있다는 점을 보여준다.⁴⁴⁵⁾ 즉 국제해양법질서에서 국가들의 ‘효율’, ‘지식’ 가치에 대한 관심이 높아지며, 국제사회의 보편적 이익에 대한 고려가 점차 중요해지고 있다는 점을 증빙한다. 이러한 인식하에서 각국의 주변 해양 이용 및 개발 외에도, 관할권 이원지역 이용과 개발에 대한 관심이 커지기에, 이에 대한 규제안을 논의하는 단계에 이르게 된 것이다. 또한 남획과 서식지 파괴 등으로 이미 공해어업행위의 자유는 국제법적 정당성을 이미 많이 상실하였다고 볼 수 있다.⁴⁴⁶⁾ 따라서 이제는 전통적인 공해의 자유와 해양생물다양성 간 조화를 모색하기 위해 MPA 설정에 관련된 법리를 개발해야 할 필요성이 대두된다고 할 수 있다.

그러나 국가관할권 이원수역에 대한 법적 지위는 모호하며, 이에 *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, *Southern Bluefin Tuna Case*, *Chagos MPA* 사건 등에서는 MPA 적용법리 발전의 한계를 노출하였다. 물론 각 사안마다 유보선언, 지역수산물관리기구 합의, 식민주의 및 영유권 분쟁 등이 개입하여 순수한 공해의 자유 대 해양환경의 보호 법리 공방이 이어진 것은 아니었으나, 이는 현재 혼란스럽고 중첩되어 있는 어업체제에서는 다양한 시나리오의 분쟁이 촉발될 수 있다는 것을 보여준다. 결론적으로 판례분석에서는 보편적인 법질서제도에 관할권 이원수역 MPA를 편입시키려면 그 이전의 세계 사회과정을 파악하고, 이를 통해 어떤 공동의 이익이 창출될 수 있는지 예측해보는 작업이 요구된다는 함의가 도출되었다. 이와 같은 배경에서 현재 UN BBNJ 회의의 선결 과제는 어떤 방향으로 법적 구속력 있는 문서를 작성하여 관할권 이원지역 MPA 설정을 도모하는지, 그리고 그 회의의 연혁 및 회의 최신 합의안을 파악하는 것이다. 그 이후에는 앞서 논의한 대로 본장의 판례상 변화를 반영하는 해양 거버넌스가 구축될 수 있는지 고민해본다.

445) Helmut Tuerk, *Reflections on the Contemporary Law of the Sea* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 179

446) *Ibid.*, p. 180.

제 4 장 해양 관할권과 해양생물다양성 보존의 조화: UN BBNJ 회의와 MPA

제 1 절 BBNJ 회의 의제

1. BBNJ회의 개요 및 제3의 이행협정 가능성

국가관할권 이원 지역의 해양생물자원은 고도의 해양기술을 가진 몇몇 국가들만이 개발할 수 있다는 인식 하 유엔해양법협약 성안 시에는 심도 있는 논의의 대상이 되지 않았다. 하지만 점차 해양생태계 및 해양생물다양성에 대한 관심이 증대됨에 따라 이에 대한 규제 필요성이 대두되었다. 즉 국제 공동체의 공동의 이익으로 해양생물다양성이 점차 중요성을 띠게 되었고, 이윽고 해양환경의 보존에 입각한 가치의 최대한의 생산과 분배가 안건으로 상정되기 시작했다. 이러한 거시적인 흐름을 효과적으로 읽어내기 위해서는 보편적 법질서체도로 나아가는 전체적인 사회과정에 대한 이해가 필수불가결하다. 즉 국가 간 상호활동과 이해가 어떻게 수렴하게 되는지 그 과정 자체를 인식하여야 향후 수립될 공적 질서체도의 윤곽을 대략적이나마 규명할 수 있게 되는 것이다.

UN BBNJ 회의의 모태는 2002년에는 요하네스버그에서 ‘지속 가능한 발전을 위한 지구정상회의’ (World Summit on Sustainable Development, 이하 WSSD)로 구상해볼 수 있다. 동 회의는 국가관할권 이원지역의 생물다양성, 해양보호구역, 불법어업 근절 등을 처음으로 다루게 되었다. 그 후 2004년 유엔총회는 총회결의 59/24에서 국가관할권 이원 지역의 해양생물다양성 보존과 관련 문제를 논의하는 비공식 작업반(Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of BBNJ; 이하 비공식 작업반)을 설립하였다. 447) 이후 해당 비공식작업반 회의는 2006년 2월

13일부터 2015년 1월 23일까지 총 9차례 진행되었지만, 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용이라는 기본적 골격 외 좀 더 구체적인 방법론에서는 이견이 대립하는 양상을 띠었다.⁴⁴⁸⁾ 그렇지만 2011년 제4차 비공식 작업반에서는 논의의 외연을 패키지 형태로 규정하였는데, 여기에는 포함된 의제로는 해양유전자원과 이익공유, 환경영향평가, MPA를 포함하는 지역기반관리도구(Area-based Management), 능력배양 및 해양기술 이전이 강조되기 시작되었다.

2015년 7월 6일, 유엔총회는 결의 69//292를 통해 국가관할권 이원 지역의 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용을 위한 유엔해양법 협약상 ‘법적으로 구속력 있는 국제문서(international legally binding instrument)’ 초안에 포함될 구성요소를 총회에 권고하기에 앞서 이에 대한 정부간회의인 ‘준비위원회(Preparatory Committee; 이하 PrepCom)’를 모의하기로 합의하였다.⁴⁴⁹⁾ 해당 준비위원회는 2016년부터 2017년까지 작업기간을 두기로 설정하였다. 이에 따라 2016년에는 상기 법적 구속력을 가지는 국제문서를 구성하기 위해 제1차 준비위원회가 촉발되었다.⁴⁵⁰⁾

BBNJ회의 준비위원회는 2016년 3월부터 2017년 7월까지 4차례 진행되며 다음 단계인 정부간 회의(intergovernmental conference)를 준비하고 있다. 2017년 제4차 준비위원회에서 도출된 결론에서는 Section A에서는 MPA를 포함한 지역기반관리수단의 목표, 관련 문서, 체제, 기구 하 조치와의 관계 정립, MPA를 포함한 지역기반관리수단의 절차 (보호가 필요한 지역의 확인 지정절차, 이행, 감시 및 평가) 등을 UN 하 법적 구속력있는 국제문서의 초안에 포함할 요소로 열거하였다.⁴⁵¹⁾ 또한

447) UN Doc. A/RES/59/24 (2004), para. 73.

448) 이창열, ‘제1차 BBNJ 국제문서 준비위원회 논의 배경 및 현황’, *Polar Brief* 제14호, 극지연구소 (2016), p. 4.

449) UN Doc. A/RES/69/292, para. 1.

450) 제1차 준비위원회는 2016년 3월 28일~4월 8일 동안 개최되었고, 국제연합 회원국 98개국, 비회원 2개국 정부 대표, 12개 정부간 기구, 5개 국제연합 프로그램, 기구, 사무국, 17개 비정부기구로 구성되었다. *Ibid.* <http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm> 참조.

451) United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS),

Section B에서는 기존의 인류공동의 유산과 공해의 자유에 관해 적정한 의사결정 절차와 주체에 관해 논의하고, 기존의 법적 문서와 체제, 그리고 지역적 및 분야별 기구의 권한을 무시(undermine)하지 않도록 주의할 것을 당부하였다.⁴⁵²⁾ 앞서 서술한 바와 같이 관할권 이원수역 내 MPA 규제는 기존에 설립된 다양한 지역적 공적 질서에 대해서도 충분히 고려할 것을 요구받고 있으며, 다양한 변수로 인해 제도적 실행방식의 효율성이 크게 달라질 수도 있다는 위험도 내포하고 있다. 이에 따라 단계별로 차근차근 지역기반관리와 MPA 의제를 분석한 후 공해와 심해저 별 반영사항을 연구하도록 한다.

2. 지역기반관리(Area-Based Management)

현재 국제사회가 어업자원을 관리하는 방식의 가장 큰 흐름은 단일한 공적 질서제도 보다는 수많은 지역적 공적 질서제도가 각각 지역의 이해에 맞는 가치와 기능적 요구에 의해 체제를 운영하는 방식에 기반한다. 물론 지역 간 관리체계가 상호배타적이거나 상호이질적이라고 보기는 어렵지만 현재까지 발전해 온 대세적 흐름이 지역구별로 수역을 분할하여 그 위에 공공질서를 부여하는 방식이었음을 부인할 수는 없다. 이런 흐름에 순응하여 국가관할권 이원지역에도 지역기반관리 방법이 제안되었는데, 이와 같은 기존 체제의 포섭은 규제자들이 일정한 해양수역을 설정한 뒤 보호가치와 활동을 함께 진행하는 거버넌스 체제로 나아갈 수 있는 길을 터놓기도 한다.⁴⁵³⁾ 특히 해당 기조 하에서는 국가들이 보

'Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of area beyond national jurisdiction (Advance, unedited version)', A/Ac.287/2017/PC.4/2, available at http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Procedural_report_of_BBNJ_Prep_Com.pdf (last visited on 22 October, 2017), pp. 12-14.

452) *Ibid.*, pp. 20-21.

453) 이석용, '해양거버넌스와 해양관리체제에 관한 고찰', 『과학기술법연구』, Vol. 21,

호, 복원, 유지가 필요한 구역을 찾아내고, 해당 구역 내의 주요 서식지, 기능, 생태계 이익을 밝힌 귀, 해양사용방법 중 과도한 개발이나 사용을 방지하는 여러 접근 제한이나 규제방식을 취할 수 있다. 특히 기존의 생태계기반관리는 정치적으로나 행정적으로 체계화하는데 한계를 보였기에, 아예 공간을 획정하여 일정 수역 내 인간활동의 통합적 관리를 표방하는 지역기반관리에 관심이 모이게 되었다.⁴⁵⁴⁾ 지역기반관리 제도 중 cross-sectional ABMT에는 해양공간 내 목표를 달성하기 위해 용도를 배분하는 해양공간계획(marine spatial planning: 이하 ‘MSP’)⁴⁵⁵⁾, 해양보호구역제도 등이 있다.

비공식 작업반 논의에서 국가들이 지역기반관리수단을 통해 관할권 이원 지역 해양생물다양성 보존 및 지속가능한 이용을 추구하자는 의견을 대체적으로 통일된 바였다. 그럼에도 불구하고, 지역기반관리 수단을 어떻게 이용할 것인지에 대한 실체적인 논의 중 장소, 범위, 실행주체, 이행방안 마련, 감독안 설정 등에는 국가 간 의견의 간극이 크게 나뉘었다. 이에 따라 준비위원회는 선결적 문제인 지역기반관리의 정의, 목적, 원칙, 방법, 범위 등을 차례로 다뤘다. 이에 따라 2017년 제4차 준비위원회는 법적문서 초안에 관할권이원지역 해양생물다양성을 위한 지역관리기반도구(Area-based management tools: 이하 ‘ABMT’)라는 가제하 4가지 안을 두고 있다.⁴⁵⁶⁾ 첫 번째는 ABMT가 목표로는 해양생물다

No. 1 (2015), p. 93.

454) *Ibid.*

455) MSP는 UNESCO에 의해 처음 성문화 시도를 거쳤으며, 생태적, 경제적, 사회적 목적을 함양하여 종합적인 해양관리 계획을 수립하고자 한다. Antonia Zervaski, ‘The Legalization of Maritime Spatial Planning in the European Union and Its Implications for Maritime Governance’, *Ocean Yearbook*, Vol. 30 (2016), p. 34; 식량조달, 해운로 네트워크, 광물 채취, 재생에너지, aquaculture 등의 다양한 목적으로 설정될 수 있다는 점에서 MPA보다 범위가 광범위하다.; Marilena Papageorgiou, ‘Marine Spatial Planning and the Greek Experience’, *Marine Policy*, Vol. 74 (2016), p. 19; 다만 MSP와 생태적 접근방법을 종합하여 해양환경보호에 근접한 국가실행 및 제안을 포괄하는 연구도 나오고 있다. Stephen Jay, Thomas Klenke, Holger Janssen, ‘Consensus and Variance in the Ecosystem Approach to Marine Spatial Planning: German Perspectives and Multi-actor Implications’, *Land Use Policy*, Vol. 54 (2016), p. 129.

456) United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS),

양성의 보존과 지속가능한 사용을 위해, 지역적 범위로는 공해와 국제해저(seabed) 지역, 그리고 기능으로는 다양한 기능과 관리 접근방식을 원용할 것을 주문하였다.⁴⁵⁷⁾ 네 번째 안에서는 ABMT가 sectoral, cross-sectoral 조치를 두며, 다양한 기관과 주체의 협력을 요하는 도구를 일컫는다. 이중 sectoral ABMT는 관련 국제기구가 RFMO가 지정한 조업금지령, IMO의 특별민감해역 (Particularly Sensitive Sea Areas: 이하 'PSSA'), ISA의 Areas of Particular Environmental Interest (APEIs/Reference zones) 등을 특정하였는데 각 해역은 목적이나 정의 면에서 조금씩 차이점을 내포한다.⁴⁵⁸⁾ PSSA는 국제해운활동으로 인한 피해에 취약한 생태학적, 사회경제학적, 그리고 과학적 측면에서 보호가 필요하다고 판단된 구역이라 무해통항권과 충돌가능성이 있다.⁴⁵⁹⁾

정의를 위해서 국가들은 IUCN, CBD, IMO, ISA 등의 기구에 정의를 다뤘지만 통일된 정의를 이끌어냈다고 보기는 힘들다. 특히 원칙에서는 공해의 자유와 해양환경의 보호 의무 간 균형을 어떻게 도출할 것인지가 큰 걸림돌로 작용하였다. 또한 만약 해당 수단의 목적을 잠정적인 수역설정이 아닌 현재는 다각적으로 분산된 지역기반관리수단을 모두

'Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction', Fourth Session of the Prepcom (10-21 July, 2017), p. 5.

457) 나머지 2번째와 3번째 안도 비슷하다. G77과 중국이 제안한 2번째 안은 ABMT가 관할권이원 지역의 특정한 지역에 적용될 수 있는 도구로써 환경보존 혹은 자원 관리하는 목표를 이루기 위한 방편으로 설정되는 것이라고 정의하였고, EU가 제안한 3번째 안은 지리적으로 특정될 수 있는 지역에 특수한 목표 및 주변지역보다 더 높은 수준의 보호가 가능하도록 하나 혹은 여러 가지의 영역별 혹은 활동을 규율하는 구역관리 도구라고 정의한다.

458) *Ibid.*; 이는 기존에 WWF 등이 정의한 포괄적인 제안을 수용한 것으로 보인다. Chair's non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (28 February, 2017), pp. 7-8.

459) 두현욱, 'PSSA의 국제법적 문제점과 이행방향 연구', 『해사법연구』, 제26권 제1호 (2014), p. 52, pp. 55-56.

고려하여 하나의 국제적 모니터링 및 감시 체계 구축을 의도한다면, 현재 국제기구가 설정한 비슷한 류의 보호구역⁴⁶⁰⁾ 및 지역수산관리기구의 지역기반 보호수역 설립기준⁴⁶¹⁾을 어떻게 받아들여 적용할 것인지 논의도 있었다.

3. 해양보호구역(Maritime Protected Area)

20세기 후반부터 해양환경에 대한 과학적 지식이 축적되고, 이에 따라 각국은 해양보호 중요성을 인지하여 주권 영역 내 영토부속물로써의 해양보호구역을 지정하였다.⁴⁶²⁾ 따라서 초기의 해양보호구역 설정 국가실행은 연안 및 근해에 설정되는 것이 주였으며, 각국의 국내법적 관리체제와 법률 하 관리되었다. 그러나 관할권 이원 지역에까지 인간의 활동범위로 포섭되고 있고 이에 해양 생태계 및 환경에 지대한 영향을 끼치고 있기 때문에, 공해의 자유를 제한하는 한이 있더라도 IUU어업과 남획문제의 대응책으로 관할권 이원지역 내 MPA 설정안이 대두하였다. 특히 조업금지 MPA의 효과는 아무리 크기가 작아도 주변 생태계와 어종의 보호에 효과가 있다는 연구보고가 있어왔다.⁴⁶³⁾ 어로활동 금지 외에도 특정 어업자원 보호구역 설정 역시 어족자원의 수, 생물다양성 정도 등에 유의미한 영향을 끼쳤다는 연구결과가 나오기도 하였다.⁴⁶⁴⁾ 특

460) 생물다양성협약 하 ‘생태학적 또는 생물학적으로 심각한 해역(EBSAs), 국제식량기구 하 취약한 해양생태계 (VMEs), 국제해사기구의 특별민감해역(PSSAs), 국제해저기구와 지역어업관리기구의 지역관리수단 등이 있다.

461) 바르셀로나 협약, OSPAR, CCAMLR, 남극조약 등이 있다.

462) 노화섭, 공해상 해양보호구역 지정관련 한계와 타당성에 관한 법적 고찰, 『한국해사법학회』, 제22권 제1호 (2010), p. 249.

463) W. Halpern and R. Warner, “Marine Reserves Have Rapid and Lasting Effects”, *Ecology Letters*, Vol. 5 (2002), pp. 361-366 in Daniela Diz Pereira Pinto, *Fisheries Management in Areas Beyond National Jurisdiction: The Impact of Ecosystem Based Law-Making* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 162-163; FAO, “Effects, Benefits and Costs of MPA (As a Fisheries Management Tool)”, <http://www.fao.org/fishery/topic/16201/en> (last visited on 27 December, 2017).

464) *Ibid.*

히 이미 앞에서 살펴보았듯이 각국의 주권과 해양활동에 대한 경쟁적인 열망은 권리위주, 특히 재산권 설정이나 인클로저 도입 등의 방안이 효과적으로 적용되지 어려운 환경을 조성하고 있다. 따라서 MPA는 효과 및 설정 가능성에 대해 긍정적인 평가를 받는 방안이며 이에 관할권 이원지역의 어업활동 문제의 해결책으로 적극적으로 대두되고 있다.

해양보호 2010년 기준으로 80개국이 5,580개의 MPA를 설정하였으며, 1984년에서 2006년 사이 MPA 수역의 증가율은 4.6%에 달했다.⁴⁶⁵⁾ MPA는 1980년대 처음 언급되기 시작되어 1992년 Agenda 21, 그리고 2002년 요하네스버그 지속가능발전 정상회의 실행계획 (Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development) 제 17장에도 언급되는 등 점차 활성화되었다. 특히 UN총회 결의안에서 소중한 해양 생태계의 보호와 관리를 위해 MPA를 이용할 것을 요청하자 본격적으로 국제환경법과 접점을 개척할 수 있게 되었다.⁴⁶⁶⁾ 이에 따라 유엔 당사국총회에서 작업한 생물다양성 전략계획 총회 문건 중 결정문 X/2에서는 보호수역을 통해 2020년까지 육지 및 내수 지역의 17 퍼센트를, 그리고 연안과 해양 지역의 10퍼센트를 보호하자는 구체적인 생물다양성 보존 Aichi목표도 수립한바 있다.⁴⁶⁷⁾ 2015년까지 MPA 수는 11,300개를 상회하였고, 총 면적은 지구의 2.12%에 수렴하고 있지만 기존의 목표를 달성하기 위해서는 좀 더 노력이 필요한 상황이다.⁴⁶⁸⁾

(1) 국제법상 MPA의 정의

국제법 상 MPA에 대한 일관된 정의는 확립되지 않은 상태

465) Zacharias, *supra* note 100, p. 287.

466) UN Doc. A/RES/66/68 (2012), p. 24, para. 138.

467) United Nations Environment Programme, 'Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and Natural Biodiversity Strategies and Action Plans', 24 March 2011, UNEP/CBD/RW-BF/4/3 (2011), Strategic goal C 참조.

468) 김기순, '남극해양생물자원보존위원회에서 설정한 해양보호구역제도(CCAMLR MPAs)의 발전과 쟁점', 『國際法學會論』, Vol. 62, No. 3 (2017), p. 12-13.

다.⁴⁶⁹⁾ 하지만 통상적으로 ‘특정한 보존목표를 성취하기 위해 지정되거나 규율되는 지리적으로 확정된 수역’라는 최소공동분모 하에 여러 개념이 덧붙여져 혼재된 개념양상을 띠고 있다.⁴⁷⁰⁾ 즉 MPA는 현재 다양한 국제기구와 국제문서 상에서 각기의 목적을 바탕으로 분화되어 존재하는 개념이다.

국제해사기구(IMO)의 1991년 결의안에서는 ‘밀폐된 환경의 영역 또는 일부분을 보호하기 위해 조간대(intertidal zone: 潮間帶)⁴⁷¹⁾ 또는 조하대 지형(subtidal terrain: 潮下帶地形)⁴⁷²⁾의 모든 지역과 그 위에 있는 물과 관련 동식물, 역사 및 문화적 특징을 갖춘 영역’으로 정의하고, 공해의 자유를 제한하는 no-take marine reserve로써의 MPA를 추진하기도 하였다.⁴⁷³⁾ 그러나 IMO의 다른 수역인 특별민감해역(Particularly Sensitive Sea Areas, 이하 ‘PSSA’)은 어업행위보다는 항행 금지 계획에 가까웠고, 아직 자원관련 수역을 설정했다고 보기에는 이른 형태였다.⁴⁷⁴⁾ 2004년 생물다양성협약 하에서는 해양 및 연안보호구역 (Marine and Coastal Protected Area)을 정의하였는데, 지리적인 요건이 단순해진 반면 해양 혹은 연안 생물다양성 보호라는 구체적인 목표를 수립하고, 관습 역시 고려할 것을 요구하고 있다.⁴⁷⁵⁾ 세계자연보호연맹(IUCN)은 기존

469) Tanaka, *supra* note 147, p. 161; Zacharias, *supra* note 100, p. 288.

470) Alexander Gillespie, *Protected Areas and International Environmental Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p. 27.

471) 조간대 (intertidal zone 또는 tidal zone)는 해안에서 밀물에 의해 해수가 해안선에 가장 높게 들어온 곳(고조선: high water line)과 썰물에 의해 가장 낮게 빠진 곳(저조선: low water line)사이에 해당하는 부분이다. 생태학적으로는 연안대라고도 한다. 조창선, 『해양용어사전』, (서울: 일진사, 1997), available at <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=636729&cid=42463&categoryId=42463> (last visited on 15 January, 2018).

472) 조하대 (subtidal zone 또는 sublittoral zone)는 간조 때에도 노출되지 않는 연안역이자 연안의 저조선(low water line) 아래쪽으로서 항상 물에 덮여있는 지역을 의미한다. 한국해양학회, 『해양과학용어사전』, (서울: 아카데미서적, 2005), available at <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=380476&cid=50328&categoryId=50328> (last visited on 15 January, 2018).

473) Tladi, *supra* note 291, p. 656; Gorina-Ysern, *supra* note 7, p. 646.

474) *Ibid.*, IMO, ‘Guidelines for the Designation of Special Areas and the Identification of Particularly Sensitive Sea Areas’ Resolution A.720 (17), Adopted 6 November 1991.

의 정의를 개정하였는데, 토지, 내수 외에도 해양과 연안지역도 모두 포함하기에 이전에 동 기관이 정의했던 MPA 정의도 대체한다.⁴⁷⁶⁾ 이와 같은 행보는 해양환경에 대한 아주 특징적인 정의 대신 육지와 해양보호의 연계성을 높이며, 그저 조업량의 제한이 아닌 해양환경의 보호 측면을 강조하기 위함이다.⁴⁷⁷⁾ 또한 본문 중 'dedicated' 라는 문언에 국제협약, 국내법, 관습법 등을 의도하였다고 설명한다.⁴⁷⁸⁾ 더 나아가 2013년의 IUCN 지침서는 MPA를 6가지⁴⁷⁹⁾로 분류하고 있는데 이중, 카테고리 IV의 'Habitat/Species Management Area'에서 상업적 목적의 어업을 다루며 특정 해양 생물자원종과 서식지의 보호를 위해 어업금지 기간 설정, 특정 어업도구의 금지 등이 논의되며, 카테고리 VI에서는 'Protected

475) 정의의 원문은 다음과 같다.

'Any defined area within or adjacent to the marine environment, together with its overlying waters and associated flora, fauna, and historical and cultural features, which has been reserved by legislation or other effective means, including custom, with the effect that its marine or coastal biodiversity enjoys a higher level of protection than its surroundings.'

Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 'Technical Advice on the Establishment and Management of a National System of Marine and Coastal Protected Areas', CBD Technical Series no. 13 (2004).

476) Ben Milligan, 'Marine Protected Areas in Antarctic Waters', in Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon (eds.), *The Limits to Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), p. 5.

477) IUCN 정의의 원문은 다음과 같다.

'A clearly defined geographical space, recognised, *dedicated* and managed, through legal or other effective means, to achieve the long-term conservation of nature with associated ecosystem services and cultural values',

Nigel Dudley (ed.), 'Guidelines for Applying Protected Area Management Categories'(Gland: IUCN, 2013), p. 56.

478) *Ibid*, p. 9. 이는 2013년 동 보고서에서도 유지되는 것으로 보인다.

479) IUCN의 보호구역 구분은 Category Ia: Strict nature reserve, Category Ib: Wilderness area, Category II: National Park, Category III: Natural monument or feature, Category IV: Habitat/species management area, Category V: Protected landscape/seascape, Category VI: Protected area with sustainable use of natureal resources 로 구성되어 있다. Dudley, *supra* note 477, p. 7.

Area with Sustainable Use of Natural Resources'를 통해 생물자원인 어족자원의 지속가능성을 담보하도록 'no-take' 지역을 설정하여 어업을 규제할 수 있다.⁴⁸⁰⁾ 또한 해당 카테고리의 분류에 있어 소유권이나 거버넌스 주체 등은 크게 고려하지 않는다는 예외를 노정한다. ⁴⁸¹⁾

Max Planck 국제공법 백과사전에서는 '생태학적, 생물학적, 과학적 혹은 역사적 중요성으로 인해 특별 보호지위를 가지는 연안국 해양수역 혹은 공해에 설정되는 해양수역'이라고 정의하였다.⁴⁸²⁾ 이와 더불어 가장 안정적인 지역별 협정에 의한 MPA를 내포한 북동대서양 해양환경 보호에 관한 협약(OSPAR 협약)의 경우, 해양수역 내 해양환경과 관련한 '중, 서식지, 생태계 혹은 생태학적 과정'의 보호라는 좀 더 뚜렷한 목표를 명기하고 있기에 더욱 귀추가 주목되는 개념이다.

상기 조약별 MPA 개념의 변화도 있지만, MPA의 국제법상 분류 역시 다양하며, 상존하는 체제다. 다양한 정의의 분석을 통해 본 바로 관할권 이원지역의 MPA 설정 이유는 사전예방적 차원에서 통합적이고 생태계를 기반으로 한 관리를 지속적으로 이루는 것이라고 볼 수 있다.⁴⁸³⁾ 또한 BBNJ 회의에서 이 부분이 다뤄지는 이유도 중장기적인 해양환경 보호 수단으로써 MPA를 좀 더 통합적이고 체계적으로 접근할 수 있는 기틀을 마련하기 위함이다. MPA의 정의와 목표는 향후 BBNJ 회의에서 국가들이 관할권 이원지역 MPA 설정근거로 제시할 법리의 근간이 되며 앞으로 제시될 MPA 평가 기준에도 적용될 수 있는 부분일 것이다.

(2) 해양생물다양성 보존 MPA의 발전

480) Milligan, *supra* note 476, pp. 554-555; Dudley, *supra* note 477, p. 57.

481) Dudley, *supra* note 477, p. 37.

482) Sarah Wolf, Jan Asmus Bischoff, 'Marine Protected Areas', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, (last updated November 2013), available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2029?rskey=82qK1R&result=1&prd=EPII> (last visited on 13 September, 2017).

483) 노화섭, *supra* note 462, pp. 249-250.

그렇다면 BBNJ 회의 상 MPA는 어디까지 수립하였는가? 2016년 제2차 준비위원회에서는 다음과 같은 사항에 대해 국가 의견 수렴가능성을 내비친 적 있다. 우선 MPA를 포함한 지역관리기반수단에 있어서는 투명성, 생태계 접근방법, 과학적 접근방법에 근거하였다. 또한 국가들이 해양환경의 보호와 보존에 대한 의무를 진다는 점을 명확히 하였고, 관할권 이원의 해양생물다양성을 위해 MPA를 설립할 것을 주문하였다. 다만 앞으로 논의가 더 필요한 논점으로는 MPA가 해양생태계와 건강성의 재화와 복구에 기여해야 할지, ABMT와 MPA에 대한 정의가 BBNJ회의의 맥락과 상통하도록 수정을 가할 필요가 있는지 여부, 수직, 혹은 수평적 접근방식, 하향식 혹은 상향식 접근방법 등 여러 구성요소 중 어떤 방법이 임무 및 권한 수행에 효과적인지, MPA를 설정하고 운영하는 데 있어 어떤 메커니즘, 절차, 국제체제, 문서 등이 더 필요할지, MPA 설정 시 인접국과 국제공동체 전체 등 모든 이해관계자를 반영할 수 있는 협의 절차가 취해져야 할지, 연안국의 대륙붕 관련 권리도 고려되어야 하는지 등이 제기되고 있다.⁴⁸⁴⁾

2017년 7월 제4차 준비위원회에서는 MPA를 포함한 ABMT의 목적, 원칙, 설정기준, 설정절차 등이 차례로 논의되었다. ⁴⁸⁵⁾ 특히 MPA는 ABMT의 하위 구분으로, 해양생물다양성과 생태계의 장기적인 보존이 우선목표인 도구로 정의되었고, RFMO가 기설정된 공해상 보호구역을 포괄할 수 있도록 광범위하거나 유연하게 정의될 것도 요구되었다.⁴⁸⁶⁾ 또한 제4차 준비위원회의 초안에는 5가지의 정의안도 삽입되었는

484) Chair's overview of the second session of the Preparatory Committee, available at http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Prep_Com_II_Chair_overview_to_MS.pdf (last visited on 1 November, 2017).

485) International Institute for sustainable Development, Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, Vol.25, No.133, Wednesday, 12 July 2017, available at <http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/>, (last visited on 20 September, 2017), p. 2.

486) UN DOALOS, *supra* note 456, p. 7.

데, 첫 번째로는 CBD 제2조, 두 번째로는 CBD 제2조를 시발점으로 삼
 되 관할권이원지역에 특별히 집중하기 위해 약간의 조정을 가하는 정의
 등 기존 CBD와의 연계성에 무게를 실은 조문의 가능성도 엿보인다.⁴⁸⁷⁾
 다른 제안들 역시 기존의 정의와 비슷하지만, FAO 등이 제안한 MPA에
 는 ‘marine reserved areas’ 와 ‘no-take zones’ 에 국한되지 않는 생물다
 양성 보존 혹은 어업관리를 목표로 주변 수역보다 더 큰 보호가 주어지
 는 그 어떤 해양 지리적 구역이라는 정의안도 반영되어 있어 향후 이행
 협정에서 수산관련 논의에서 어업국에게 유연한 조치가 취해질 가능성도
 보여주고 있다.⁴⁸⁸⁾

물론 일각에서는 BBNJ 작업반 논의상으로는 어업 논점 포함여
 부가 그다지 문제되지 않았으나, 이후 준비반 논의에서는 BBNJ 회의를
 통해 도출하는 법적 문서의 적용범위에서 어업을 제외하자는 의견도 표
 의된 적이 있다. 상기 분석은 원양어업국인 아이슬란드, 일본, 러시아 등
 은 관할권 이원지역에 대해 법적 구속력을 가지는 국제문서에 어업이 포
 함되어서는 안 된다는 강한 의지 및 입장 표명에서 비롯된 것이다.⁴⁸⁹⁾
 그럼에도 불구하고 아프리카 국가들, 코스타리카, 인도네시아, 자메이카,
 뉴질랜드, 노르웨이, 페루, 미국 등의 국가는 적극적으로 어업 논점을 포
 함시키자며 대립각을 형성하고 있다.⁴⁹⁰⁾ 몇몇 국가의 어업행위 제외 제
 안은 국익을 대변한 주장일 수는 있으나 관할권 이원지역의 해양생물다
 양성을 다룸에 있어 어업을 배제하는 것은 법이 적용될 수 있는 적용대
 상을 중대하게 축소해버리는 처사가 될 것이다.⁴⁹¹⁾ 해당 갈등은 어업문
 제응 ‘안보’ 가치의 문제로 접근하는 측과 ‘효율’ 가치 문제로 바라보는

487) *Ibid.*

488) 제안 3은 IUCN의 정의를 반영하고 있다, Chair’s non-paper on elements of a draft (28 February, 2017), *supra* note 422, p. 8.

489) International Institute for Sustainable Development, ‘Prepcom 1 Highlights: Monday, 28 March 2016’, Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, Vol. 25, No. 97 (2016), pp. 1-2.

490) Richard Barnes, ‘The Proposed LOSC Implementation Agreement on Areas Beyond National Jurisdiction and Its Impact on International Fisheries Law’, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 31 (2016), p. 595.

491) *Ibid.*

국가 간 인식의 차이에서 기인한다. 그러나 세계 공공질서에서 최소한의 배타적 이익과 최대한의 포괄적 이익의 추구는 국제법의 보편적 법질서 제도 설립에 주요한 요건이다. 이와 같은 예시에 비추어 볼 때 어업문제는 꼭 고려할 사안으로 포섭해야 하며, BBNJ회의 내에서 전후관계를 고려하여 다시금 공동이익의 외연을 확장하는 작업이 요구되는 바다.

제 2 절 관할권 이원지역내 MPA 설정 검토

1. 공해내 MPA 설정 가능성

공해어업의 거버넌스 공백은 관할권 이원지역 내 조업선박에 대한 기국주의의 통제 효과의 취약, 항만국 관할의 미약, 지역수산기구에 대한 감시 및 평가체제 부재, 지역수산관리기구 간 관할 어종이나 지역상 공백 등이 문제로 제기되었으며, 이에 대한 해법으로 MPA가 언급되고 있다.⁴⁹²⁾ 특히 지역수산관리기구 별로도 성과 격차가 크고, 북극과 남서대서양 등은 아직 제대로 관리가 되지 않는 수역으로 지적되는 등 거버넌스 체제가 균일하지 않다는 비판에 직면하고 있다.⁴⁹³⁾

기존 국제 MPA관련 조문은 국내법적, 그리고 지역적인 색채가 강했으나, 이제는 유엔해양법협약 체제 하에서 공해에도 MPA를 설정하여 어업자원의 남용을 막아야 한다는 의견도 제기되고 있다. 유엔해양법협약에는 제192조에 해양환경보호에 대해 광범위한 일반의무를 설정하고 있으나, 동 조항 제5항의 ‘special areas’ 등이 공해 내 MPA에도 적용될 수 있는지에 대한 직접적인 설명이 되어주지는 못한다. 물론 이 문제를 좀 더 전문적으로 다루기 위해 유엔 해양법에 관한 비공식검토회의 (UN Open Ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of

492) UN Doc. A/61/65 (2006), paras. 9, 23.

493) Barnes, *supra* note 490, p. 593.

the Sea: 이하 ‘UNICPOLOS’) 등이 1999년 발족되었고, 그 이후 생물다양성협약과 함께 국제법에 합치하는 MPA가 본격적으로 다뤄지는 듯 하였지만 그다지 큰 소득을 올리지는 못하였다.⁴⁹⁴⁾ 이외 현재 MPA를 설정하는 보편적으로 적용가능한 법적 레짐은 존재하지 않는 것으로 보인다. ⁴⁹⁵⁾

이와 같은 관련 논의 진행의 어려움의 기저원인으로는 두 가지가 대표적이다. 첫 번째로는 관할권 이원지역에서의 MPA설정과 규제집행이 공해의 자유, 즉 어업의 자유나 항행의 자유와 상충할 수 있다는 근본적인 문제점을 들 수 있다.⁴⁹⁶⁾ UN해양법협약의 환경에 대한 제192조, 제194조 제5항에서 규정하는 해양 생태계에 대한 보호는 모든 수역을 대상으로 한다. 그렇기 때문에 공해라 하더라도 공해 내 해양환경을 보호 및 보존할 의무도 파생되는 것이다. 또한 제117조(자국민을 대상으로 공해생물자원 보존조치를 취할 국가의 의무), 제118조 (생물자원의 보존·관리를 위한 국가간 협력), 제123조 (폐쇄해·반폐쇄해 연안국간 협력), 제192조 (일반적 의무), 제194조 (해양환경 오염의 방지, 경감 및 통제를 위한 조치)와 제197조(지구적·지역적 차원의 협력)는 해양환경보호에 있어 국가들이 협력할 것을 규정하며 MPA 설정의 근거가 될 수도 있다는 의견도 제기된다.⁴⁹⁷⁾ 그럼에도 대부분의 조문은 일반의무를 노정하고 있는 것으로 풀이되며, 현재 UN해양법협약상 일반의무로는 국가가 공해에 MPA를 설립할 수 있게 해주는 영토관할권이나 관할권적 권리가 없다는 점도 한계로 작용한다.⁴⁹⁸⁾ 그렇기에 그 어느 국가도 공해에 일방적으로 MPA를 설립하고 해외 선박에 대해 이를 이행하도록 강제할 수는 없다. 공해에 설정하는 MPA는 해양다양성을 존중해야 하지만, 이 대신에 다른 국가의 공해의 자유를 제한하는 방향으로 국가의 관할권을 확장해서는 안 되기 때문이다. 그렇기 때문에 공해 MPA 논의는 주로 지역어업

494) Gillespie, *supra* note 470, pp. 16-17.

495) Sarah Wolf and Jan Asmus Bischoff, ‘Marine Protected Areas’, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013).

496) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 445.

497) Pinto, *supra* note 463, p. 174.

498) Tanaka, *supra* note 147, p. 204.

관리기구나 국제기구 차원에서 논의되고 있다. 또한 어업이 포함되지 않은 지역의 특수한 성격을 반영한 공해 내 MPA에 대한 협약이 이미 정비된 예시로 1986년 Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region⁴⁹⁹⁾도 있다. 하지만 MPA 관련 입법주체가 지역수산기구 혹은 분야별 국제기구인 점에서 공해 MPA 체제 설립을 어렵게 하는 기저원인 두 번째가 촉발된다.

다른 어려움 한 가지는 이미 지역수산기구 혹은 분야별 국제기구별로 상이한 MPA 준비작업이 진행되었거나 조문화되어 권한의 중첩 문제가 일어난다는 점이다. 이미 몇몇 지역수산관리기구에서는 어업활동 자체나 특정 조업행위를 제한하고 있는 예시도 있다.⁵⁰⁰⁾ 이중 MPA 설정을 명문으로 규정한 경우는 3건 정도로 집계된다.⁵⁰¹⁾ 즉 국제적인 MPA 규제안을 고안함에 있어 통합적이고 다방면의 분야를 다루는, 다목적(integrated, multi-sectoral and multi-purpose) MPA를 목표로 해야 한다는 점이 부담으로 작용한다.⁵⁰²⁾ 이를 위해서는 여러 국가의 이익을 조화시켜야 한다는 점이 어려운데, UN BBNJ회의 내 ABMT 설정에서도 인근 연안국의 국가관할권을 고려해야 한다는 제안⁵⁰³⁾, 지역기반관리

499) 동 조약의 제2항은 다음과 같다.

[...] those areas of high seas which are enclosed from all sides by the 200 nautical mile zones [...]

Secretariat of the Pacific Regional Environment Programme, the Convention, available at <http://www.sprep.org/legal/the-convention> (last visited on 5 November, 2017).

500) North East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC), the North West Atlantic Fisheries Organization (NAFO), South East Atlantic Fisheries Organization (SEAFO), the General Fisheries Commission for the Mediterranean (GFCM), the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR), Southern Indian Ocean Deepsea Fishers' Association (SIODFA) 등등이 있음. FAO, Marine Protected Areas in the High Seas, available at <http://www.fao.org/fishery/topic/16204/en> (last visited on 14 October, 2017).

501) Karen N. Scott, 'Conservation on the High Seas: Developing the Concept of the High Seas Marine Protected Areas', in David Freestone (ed.), *The 1982 Law of the Sea Convention at 30: Success, Challenges and New Agendas* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 178.

502) Sands and Peel, *supra* note 295, 446.

503) 2017년 준비회의에서 인도네시아 등이 주장한 바 있다. International Institute for

계획 협의에서 주권 관련 문제에 대해서는 안전장치를 도입하여야 한다는 주장⁵⁰⁴⁾ 외에도 공해 내 보호구역에서 채집한 어업자원을 형평하게 분배하여 국내 어업자원의 재생을 주장하는 최빈개도국도 있는 등 아직 다양한 안이 다뤄지고 있는 실정이다.⁵⁰⁵⁾

2. 심해저 어업 관련 MPA 설정 가능성

공해의 MPA와 더불어 심해저에도 MPA를 구분하여 도입하자는 의견은 통합적인 접근방법(integrated approach)를 주장하는 학자들이 주장하는 바로, 생태학적, 규범적, 이행상 세 가지 단계에서 BBNJ 논의 의제와 공해와 심해저 수역 관리 간 연관성을 고려한데서 나온 것이다.⁵⁰⁶⁾ 특히 공해 수역 내 어업활동은 심해저의 해양 생태계에도 영향을 끼치며, ISA는 어로활동에 관한 관할이 없기에 어업국, 지역수산기구 그리고 ISA 간 협력이 가능한지도 논의의 연장선에 있다. 물론 UN해양법협약 상 심해저내 MPA를 명시적으로 다루는 규정은 없다. 이에 이미 여러 강력한 권한을 가지는 ISA가 심해저에 설정하는 MPA에 수반되는 권한을 주자는 의견도 제기될 법하다. 하지만 이런 경우 산호초 군락은 보호할 수 있지만 BBNJ논의에서 패키지 의제로 다루는 유전자원 이용 등과는 정합성이 떨어지게 된다. 또한 현 UN해양법협약 내 ISA는 해저의 인접수역의 어업행위에 대해서는 입법이나 집행관할권을 가지지 않는다.

또한 심해저에서도 저층트롤어업 혹은 저층어로 행위(trawling)로 인한 직접적인 생태계 파괴가 자행되고 있다.⁵⁰⁷⁾ UN등은 관할권 이

Sustainable Development, 'Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017', Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, Vol.25, No. 141 (2017), available at <http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/> (last visited on 20 September, 2017), p. 11.

504) 동 회의 내 아르헨티나의 주장이었다. *Ibid.*

505) *Ibid.*

506) Tanaka, *supra* note 147, p.16-21

원수역내 심해지역의 어업행위에 대한 우려를 강하게 표명하였고, 규제안 이행을 재차 촉구하였다.⁵⁰⁸⁾ 2006년 제1차 BBNJ 비공식작업반 회의에서는 당시 많은 지역수산물관리기구가 특정 어종에 집중하여 규제하는 경향을 보이기에 저층트롤어업에 대한 더 통합적인 대안 제시를 안건으로 다루자는 제안이 있었다. 이에 대해 2007년 UN총회는 지역수산물관리기구가 저층어로 행위를 규제하는 규칙을 2008년 말까지 도입하도록 건의하였지만 모든 기구가 이를 이행한 것은 아니었다.⁵⁰⁹⁾ 또한 UN 총회에서는 2009년에는 지역수산물관리기구로 하여금 해저 어로행위 시행 전 필수로 환경영향평가를 시행할 것을 발의하였지만 아직 관습법화 단계는 아니다.⁵¹⁰⁾ 또한 최근들어 200해리 이원의 대륙붕을 주장하는 국가들이 생각하는 심해저 영역과 다른 국가의 심해저 영역이 중첩되는 경우 연안국의 권리 주장은 MPA 설정에 어떤 영향을 끼칠지 고려해야 한다는 주장도 제기된다.⁵¹¹⁾ 그리고 대륙붕경계위원회에 대한 자료제출은 했으나 아직 외측대륙붕에 대한 권리를 확정받지 않는 경우 200해리 이원 심해저 구역의 관할권은 어떻게 봐야 하는지 등의 관할권적 문제도 아직 남아있다.

한편으로 또 고려할 점은 심해저의 여러 파괴적인 어업행위 규제가 그 방식에 따라 국제 관습법적 지위를 향유하는지 여부가 다르며, 이에 따라 MPA에 특정 어업행위 금지를 설정할 수 있는 권한에도 영향이 있을 수 있다는 점이다. 국제법의 관습법 형성요건⁵¹²⁾에는 일정한 기

507) FAO, 'Key concepts', available at <http://www.fao.org/in-action/vulnerable-marine-ecosystems/key-concepts/en/> (last visited on 15 Feb, 2017).

508) UN Doc. A/63/112 (2009), pp. 11-12, paras. 41-42; UN Doc. A/67/95 (2013), pp. 24-25, para. 134; UN Doc. A/68/71 (2014), p. 15, para. 140 참조.

509) UN Doc. A/RES/61/105 (2007).

510) UN Doc. A/RES/64/72 (2010), p. 21, para. 119 (a).

511) Joana Mossop, *The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Rights and Responsibilities* (Oxford: Oxford University Press, 2016), p. 245.

512) 국제관습법 형성의 질적 요건으로 'Articulation', 양적인 요건으로 'Act or Commitment'가 언급되기도 한다. Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Ithaca and London: Cornell University Press, 1971), pp. 74, 87.

간 동안 일관성 있게 행해진 실행, 실행의 일반성, 그리고 *opinio juris*가 요구된다.⁵¹³⁾ 추가적으로는 국제기구의 결의안, 국제정치기구의 실행, 국제기구의 외적으로 드러난 실행, 그리고 때로는 기구 내부 입법행위도 국제관습법의 형성에 기여할 수 있는 여지가 있다.⁵¹⁴⁾ 상기 요건에 부합할 수 있는 여러 실행과 입법례를 들어보면 다음과 같다. 우선 유자망어업(drift-net fishing)은 이미 다수의 국가들이 UN총회 결의안을 통해 1992년 유예를 선언한 바 있다.⁵¹⁵⁾ 그 외에도 미국의 Magnuson-Stevens 어업보존 및 관리법 Section 206 개정⁵¹⁶⁾, EU의 남방다랑어 등 특정어종 대상 유자망어업 금지⁵¹⁷⁾ 등의 국가실행으로 유자망 어업행위는 국제관습법으로 인정받고 있다는 평가도 있다.⁵¹⁸⁾ 한편 심해저의 생태계 기반 접근방식 적용에 장애물로 작용하는 저층어로 행위(bottom trawling)은 아직 유자망어업 만큼 국가실행과 법적확신 요건을 충족하지 않았기에 국제 관습법에는 이르지 않았다는 평도 있다. 다만 다양한 RFMO가 의미있는 실행 및 조치를 취하고 있는데, 일례로는 MPA 설정과 저층어로 행위를 결부시켜 규제하는 행보를 들 수 있다. NEAFC는 2007년 취약한 해양생태계 구역을 선정하며 Rockall-Hatton Bank 근처에, 그리고 2009년부터 Mid-Atlantic Ridge 등에 저층어업금지 구역을 설정하는 등 어느 정도의 성과도 이루어졌다. 또한 이미 몇몇 RFMO는 저층어로행위에 쓰이는 도구를 규율하거나, 조업행위 금지구역을 설정하기도 한다.⁵¹⁹⁾ 전반적으로 아직 공해내 MPA 설정만큼 많은

513) Crawford, *supra* note 36, pp. 24-28.

514) *Ibid.*, pp. 192-196.

515) UN Doc. A/RES/46/215 (1992), pp. 147-148.

516) Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act (As Amended Through January 12, 2007), U.S. Department of Commerce, National Oceanic and Atmospheric Administration, available at http://www.nmfs.noaa.gov/sfa/laws_policies/msa/ (last visited on 20 January, 2018).

517) EC, Council Regulations (EC) No 1239/98 of 8 June 1998 amending Regulation (EC) No 894/97 laying down certain technical measures for the conservation of fishery resources, Official Journal of the European Communities (1998), Art.11.

518) Bratspies and Telesetsky, *supra* note 206, p. 275.

519) FAO, 'Fisheries Management: 4. Marine Protected Areas and Fisheries', FAO Technical Guidelines for Responsible Fisheries (2011), p. 161.

진척이 있었던 분야는 아니지만, 저층어로 행위의 파괴성과 이에 대한 대안이 필요하다는 점에는 점차 국제사회 내 광범위한 공감을 얻고 있다. 따라서 향후 조만간 심해저 어로행위를 규제하기 위한 MPA설정 법리도 발전할 것으로 기대하고 있다.

3. 소결

BBNJ회의는 향후 법적으로 구속력있는 국제문서의 성안 가능성을 내비치며 많은 관심을 모았고, 효율적인 해양 관리책으로 꾸준히 제기되던 지역기반관리와 MPA를 공식적인 의제로 포섭하였다. 그러나 2015년 결의 이후 각 아젠다에 대한 논의의 깊이나 진행속도는 정체되었다는 인상을 주기도 하며, MPA의 경우 아직 설정의 구성요소나 적용될 원칙과 접근방법에 대한 간략한 초안만이 공개된 상태다. 또한 공해와 심해저 내 MPA를 설정하여 해양환경 및 어로자원 보호 및 보존을 추구하는 것은 당위론적으로는 합당하지만, 구체적인 실행방향에서는 체제의 구축면에서 다각적인 문제를 내포한다. 특히 BBNJ회의 내 국제적 MPA 법제가 UN해양법협약의 이행협정으로 포섭되더라도 가장 큰 문제는 ‘국제적 기준으로 설립된 MPA가 당사국과 비당사국을 포함한 국제사회의 모든 국가에게 일괄적으로 법적 구속력을 발휘할 수 있으려면 어떻게 해야 하는가?’ 일 것이다. 특히 이미 여러 지역수산물관리기구에서 MPA를 설정하고 있는데, 기존의 체제와는 어떤 관계를 설정해야 하는지도 법제의 유효성(effectiveness)⁵²⁰⁾에 직결될 것이기 때문이다.

BBNJ 회의 자체에서 발생하는 한계를 논외로 하더라도, 어업 문제라는 안건 자체가 지니는 어려움 역시 눈여겨 보아야 한다. 어업 문제는 인권의 중대한 침해나 불법무력행사와 달리 상당히 양면적인 면을 시사하고 있다. 좀 더 부연설명을 덧붙이자면 어업문제는 한편으로는 국가

520) 물론 MPA 법제의 유효성은 생태학적인 면에서는 생태계의 유지와 장기간 지속가능성의 확충이지만 다른 한편으로는 각국의 어업이익 추구하고 어업산업 촉진에도 기여하는 바가 있어야 하는 복잡다단한 조건에 놓여있다고 볼 것이다.

의 발전동력 혹은 국가가 관할권과 주권을 행사하여 정당하게 얻을 수 있는 해양자원의 ‘개발’⁵²¹⁾문제로도 주장될 수 있다. 그러나 다른 한편으로 어업문제는 인류의 터전인 지구의 주요 생태계를 구성하여 해양환경에 직결되는 ‘보호’가치로도 볼 수도 있다는 양면성을 지니고 있다. 따라서 이미 제1장에서도 서술하였지만, 어업자원의 보호와 보존을 국제공동체의 공동이익으로 주장하기에는 그 근거가 굳건하다고 보기는 힘들기에 국제법의 객관적 체제⁵²²⁾로 규율하기 어려운 측면이 있다는 점도 인정해야 한다.⁵²³⁾ 특히 몇몇 학자가 국제법상 국제공익(international public interest)이 주권국가들의 국내법의 조정에서 비롯된다고 한 견해는 이를 더욱 뒷받침하는 바다.⁵²⁴⁾ 즉 해당 문제의 해결을 위해서는 다양한 국가들이 어업문제에 부여하는 다각적인 가치를 수용하면서도 그 효과에 있어서는 초국가성을 겸비하는 도구를 찾아야 한다. 뉴헤이븐 학파도 정책중심적 방법론 틀 안에서 같은 문제로 고민하였고, 그중에는 해양의 관리라는 측면에서 해양‘거버넌스’(governance)를 포섭하여 다양한 논의를 진행한 연구도 있다.⁵²⁵⁾ 뒷장에서 자세히 정의하겠지만 거버넌스는 다양한 행위자의 의사결정을 중시하며, 상호 관계의 중요성을 강조하기 때문

521) 특히 어업 전반과 어민의 생계에 대한 의존성 논의는 어업문제를 심지어 인권과 결부시키기도 한다. 어로활동을 통해 얻은 경제적 이윤이 특정 국가의 어부 공동체에게는 주요한 경제성장 기반이자 생계수단으로 인식될 수도 있기 때문이다.

522) 물론 UN해양법협약 전체로는 객관적 체제로 인정될 수 있는 판례가 있기도 했다. 다음 사건에서는 분쟁당사국이 UN해양법협약의 당사국이 아님에도 불구하고 협약 전문의 대상과 목적에 비추어봤을 때 해당 협약의 적용대상이 되기도 하였다. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, *Case Concerning Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, para. 178, p. 66.

523) Gerhard Hafner, ‘Does the Freedom of the Seas Still Exist?’ in James Crawford *et al.* (eds), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses, Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Leiden: Brill Nijhoff, 2017), pp. 361-364.

524) Philip Allott, ‘Mare Nostrum: A New International Law of the Sea’, *American Journal of International Law*, Vol. 86 (1992) 참조.

525) Douglas M. Johnston, ‘Vulnerable Coastal and Marine Areas: A Framework for the Planning of Environmental Security Zones in the Ocean’, *Ocean Development and International Law*, Vol. 24 (1993), pp. 63, 65, 73.

에 정책중심적 방법론과도 정합성면에서 상생할 수 있다. 본고에서는 해양거버넌스 논의를 추가하여 해당 논점에 대한 더욱 세밀한 지향점을 제시하려고 한다.

물론 거버넌스에 대해 본 개념이 현재 국제정치학과 국제법 내 인식론적인 지위를 구가하는지 의문⁵²⁶⁾을 표할 여지가 있는 것도 사실이다. 그러나 이러한 약점에도 불구하고 법 연구에서 거버넌스를 분석틀로 이용할 경우 국제법제에 새로운 이론적 기반 환기와 유연성을 부여할 수 있다는 주장도 있다.⁵²⁷⁾ UN해양법협약 등으로 대표되는 국제법의 영역과 해양거버넌스 간 관계는 미묘하며, 두 개념은 결이 다르다고 평가하기도 한다.⁵²⁸⁾ 국제해양법과 해양거버넌스는 둘 다 국제기구의 역할과 관련 문서를 비중있게 다루고, 해양에 적용하는 원칙과 접근방식 인식 면에서 교집합도 가진다.⁵²⁹⁾ 하지만 국제해양법과 해양거버넌스는 여러 면모에서 약간의 차이를 노정하고 있기에 유의하여 검토해야 한다. 특히 해양거버넌스에서도 법적구속력은 중요한 요소지만 국제해양법보다는 좀 더 유연한 접근방식도 허하고 있으며, 해양거버넌스가 적용하는 원칙이나 접근방법 중에는 국제법적으로 법적지위가 확정되지 않은 것도 있음에 주의해야 한다. ⁵³⁰⁾ 이와 같은 차이에도 불구하고, 해양거버넌스는 현재 관할권 이원 수역의 MPA 문제와 같이 현재 법적 체제 및 이행에 있어 한계가 있는 상황에서 새로운 제안서 작업에 유용하게 이용된다.⁵³¹⁾

526) 거버넌스라는 정치적 분석의 도구로 국제법을 사용하는데 거부감을 표현하기도 한 학자도 있다. Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Portland, Hart Publishing, 2011), pp. 360-361.

527) Karl-Heinz Ladeur, 'Governance, Theory of', Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2010).

528) Yoshinobu Takei, 'A Sketch of the Concept of Ocean Governance and Its Relationship with the Law of the Sea', in Cedric Ryngaert (Ed.), *What's Wrong with International Law?: Liber Amicorum A.H.A. Soons* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015), p. 58.

529) *Ibid.*, pp. 58-59; Katherine Houghton, 'Identifying New Pathways for Ocean Governance: The Role of Legal Principles in Areas Beyond National Jurisdiction', *Marine Policy*, Vol. 49 (2014), p. 118.

530) *Ibid.*; Klaus Töpfer *et al.*, 'Charting Pragmatic Courses for Global Ocean Governance', *Marine Policy*, Vol. 49 (2014), pp. 85-86.

531) *Ibid.*, p. 59.

즉, 해양거버넌스는 현재 복잡하게 얽힌 관할권 이원 어업상황과 각각은 효율적이지만 전체적으로 통일성이 떨어지는 지역수산기구가 난립하는 상황에서 *lex lata*를 넘어서는 새로운 개혁안을 제시하는 원동력을 제시할 수 있는 연결고리로 볼 여지도 있을 것이다. 이와 같은 인식을 바탕으로, 지금까지 수행한 국제해양법, 국제환경법, 그리고 BBNJ 회의 내용 등을 토대로 앞으로 관할권 이원 수역의 MPA 설정이 효과적인 법 체제로 거듭나기 위해 해양거버넌스를 도입해본다. 특히 해양법과 해양거버넌스의 접점인 원칙, 절차, 그리고 체계 등에 입각하여 다각도에서 분석을 실시하고, 차제에 도래할 국제법 하 세계 공적 질서 기획에 대한 함의를 도출해보고자 한다.

제 5 장 어업자원 보호 MPA와 해양거버넌스

UN해양법협약 두문에는 해양의 여러 문제가 서로 밀접하게 관련되어 있으며, 전체로서 고려되어야 할 필요성을 인식(conscious that the problems of ocean space are closely interrelated and need to be considered as a whole)한다고 서술되어 있는데 이는 최근 대두하는 해양거버넌스의 정신을 내포한 것이라 해석되고 있다.⁵³²⁾ 물론 UN해양법협약 문언자체에서 명시적으로 ‘해양거버넌스’가 삽입된 것은 아니다. 하지만 동 협약이 해양에 관한 주권적 권리나 사안별 접근방법에서 더 나아가 통합적인 해양관리를 위한 법적 기틀을 마련하고 있다는 점에서 해양거버넌스 개념은 국제정치학 외에도 점차 국제법 관련 국제기구 회의와 여러 학술 논문에서도 다뤄지고 있는 추세다.⁵³³⁾ 즉 해양법은 경합하는 주권국가간 권리의 배분보다는 극도로 복잡다단한 과학, 기술, 경제, 가치 등이 혼재된 체계를 구성하는 역할을 담당하게 되었다는 점을 명시해야 한다. 이를 위해 기존의 국가 이외에도 전문성을 가지는 국제기구, 지역기구, 그리고 과학적 전문성이나 이행여부를 평가하는 여러 민간기구의 역할도 부상하고 있다. 이때 다양한 행위자와 구조를 포섭하는 개념인 거버넌스는 이미 다원화되어가는 국제정세에 맞춰 국제법의 입법이나 법의 이행에도 영향을 주고, 궁극적으로는 국제법의 기반을 확장하고 공고히 하는 개념으로 부상하고 있다.⁵³⁴⁾ 또한 국제법에서의 거버넌스 논의는 단순한 국가와 국제기구 간 임무권한 설정 논의를 넘어 좋은 거버넌스, 혹은 선정(good governance)⁵³⁵⁾ 담론까지 확대되어 가고 있다.

532) Rothwell and Stephens, *supra* note 373, p. 461.

533) Takei, *supra* note 528, p. 48; FAO의 Committee on Fisheries(COF)도 2012년 RIO+20 회의를 통해 해양거버넌스 논점을 국제해양법으로 적극적으로 포섭한바 있다. COFI/2012/6/Rev.1 (2012).

534) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 92-93.

535) 물론 good governance의 법적 정의는 마련되지 않은 것으로 보인다. 하지만 역사적으로 고대 그리스 문명부터 현대의 Brandt Commission 까지 공동의 문제에 대응시 의사결정과 책임 규명 과정의 기준을 제공하고, 몇몇 경우에는 특정 결정의 실질적인 내용에까지 영향을 주기도 한다. 또한 국가와 국제기구의 구조와 작용에 영향을 끼치는 기제

이에 좋은 거버넌스가 아직 관습 국제법의 지위를 가진다고 판단하기는 이르지만, 국가와 국제기구의 다각적인 이해관계를 투영해야 하는 국제법제에서 법의 지배, 대중의 참여, 투명성, 책임(accountability), 부패 통제, 그리고 통치에 있어 효율성 제고 등에도 기여할 수 있다는 주장도 힘을 얻고 있다. 536)

상기의 문제의식을 바탕으로 본장에서는 공동의 문제인 남획 및 어종 보호에 대처함과 더불어 국제공동체 공동의 이익의 추구, 즉 수산업에서 최대의 순 이익도 창출할 수 있도록 적절한 어종 및 어족자원을 보존하는 것을 목표로 해양거버넌스를 구성할 수 있는 법적 체제를 논해 본다.⁵³⁷⁾ 일차적으로는 해양거버넌스의 개념을 정의하고, 해양거버넌스 구축에 기여하는 지역기구와 국제기구 내 MPA 관련 사항을 검토한다. 마지막으로 해양거버넌스의 효과적인 설립을 위한 다양한 국제법적 골격구성 방안을 모색하기로 한다.

제 1 절 해양거버넌스와 어업자원 개발 및 보호

1. 국제법상 해양거버넌스의 정의

우선 글로벌 거버넌스(global governance)란 중앙집권체가 결정 및 집행을 담당하는 정부(government)와는 달리 강제력을 부여받은 해결자가 부재한 국제사회에서, 한 국가 혹은 지역을 넘어서서 여러 국가

로 그 기능이 범위가 확대되고 있는 추세다. Edith Brown Weiss and Ahila Sornarajah, 'Good Governance', Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2013).

536) Yen-Chiang Chang, 'International Legal Obligations in Relation to Good Ocean Governance', *Chinese Journal of International Law* (2010), Vol. 9 (2010), pp. 589-590, 592; Takei, *supra* note 528, p. 51; Weiss and Sornarajah, *supra* note 535.

537) William T. Burke, *The New International Law of Fisheries: UNCLOS 1982 and Beyond* (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 89, 91.

와 지역에 영향을 미치는 문제 해결을 목적으로 하는 초국가적 주체의 정치적 상호작용이라고 정의되기도 한다.⁵³⁸⁾ 즉 국가들의 공동체를 상정하여 공동의 문제에 대응한다는 인식이 전제된 것으로도 볼 수 있는 것이다.⁵³⁹⁾ 실제로도 사람, 제도, 국가, 체계 간 국제 상호관련성(interconnectedness)가 증가하고 있는 실정이며, 세계화 과정에서 경제, 사회, 문화, 기술, 환경 및 정치 등의 다양한 영역의 관련성 역시 증대되고 있다.⁵⁴⁰⁾ 국제 어업도 파편화된 조직과 규범체계 때문에 해양환경 보호에 미치는 영향을 규율하기 위해서는 거버넌스의 개념을 차용해야 한다는 주장이 제기되었다. 이에 따라 FAO는 어업 거버넌스(Fisheries governance)를 단기 운영 관리부터 장기적으로는 정책 발전과 기획까지 이르는 기관, 문서, 절차 등의 총체로 정의한다.⁵⁴¹⁾ 그러나 어업 거버넌스는 목표 어종 관리가 주 목표기 때문에 좀 더 넓은 해양환경 및 해양환경다양성 고려를 포괄해야 한다. 이와 같은 발전을 통해 국제적인 문제인 남획문제, 그리고 해양생물다양성의 문제 역시 국가주권 및 국익강화보다는 지역적 혹은 지구공동체 차원에서 접근할 수 있도록 거버넌스의 개념을 차용하여 공통의 제도를 창설해야 한는데 의견이 모이고 있는 것이다.⁵⁴²⁾ 특히 국가의 주권성만을 강조하면 해양환경보호를 위시하는 국제질서 설립에 한계가 따르겠지만, 보편적, 지역적 차원에서 유래하는 해양환경의 보호와 보존의 중요성을 상기해보면 이에 대해서는 국가 간 협력을 넘어서는 국제질서의 재편, 즉 해양거버넌스에 대한 진중한

538) 박진완, ‘글로벌 거버넌스와 국제공법’, 경북대학교 법학연구원 『법학논고』 제41집 (2013), pp. 354-355; 이외에 ‘전세계적, 지역적 합의와 기구를 포함하는 매우 광범위한 해양관리(Ocean Management)를 의미하고, 해양사용방법 구체화, 해양 감시 및 평가, 제재 및 대응방법을 규정하는 비공식적 규칙과 합의, 제도와 기관을 통칭하기도 한다.’; 이석용, *supra* note 453, pp. 84-85; Birnie *et al.*, *supra* note 75, p. 43; ‘global governance’는 ‘international governance’ 보다 비정부행위자 등 더욱 다양한 행위자를 포섭한다는 약간의 차이가 있다. Takei, *supra* note 528, pp. 50-51.

539) Birnie *et al.*, *supra* note 75, p. 44.

540) *Ibid.*, p. 355.

541) FAO, *supra* note 5, p. 83.

542) Christian Tomuschat, ‘International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law’, *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, Vol. 281(1999), p. 42.

고민이 필요하다.

이에 비추어 볼 때 해양거버넌스(Oceans Governance)란 해양 공간의 사용방법, 해양 문제의 감시와 평가, 특정 활동의 허락 및 금지 여부, 그리고 제재나 다른 대처방안이 적용됨에 있어 그 방식을 결정하는 공식적 및 비공식적 규칙, 합의, 제도 그리고 개념으로 볼 수 있다.⁵⁴³⁾ 혹자는 해양거버넌스의 요소를 세 가지로 세분화하여 법적 (UN해양법협약과 관련 법적 발전), 제도적(UN해양법협약과 UNCED하 제도 및 기구), 그리고 이행 단계(국내, 지역, 국제) 등을 포괄한다고 넓게 정의하는 등 해양거버넌스 개념 자체는 아직 통일된 개념은 아니라는 점을 유추할 수 있다.⁵⁴⁴⁾ 해양수역은 수역별 법적체제가 세분화되어 수립된 상태며, 해양에 생물학적, 생태학적, 그리고 문화적 가치 등이 혼재되어 있는 복잡한 무대다.⁵⁴⁵⁾ 이와 같은 배경에서 해양자원, 특히 어업자원의 이용 및 관리는 다양한 행위자 간 상호작용, 권리의무, 규칙 및 의사결정 조화 등이 주요사항으로 대두된다. 물론 UN해양법협약은 부분적으로는 해양 권리의무 배정 면에서는 기존의 웨스트팔리아 국가주권 개념(Westphalian conception of state sovereignty)가 반영되어 있지만, 동 협약의 서문 및 다른 조문에 비추어 볼 때 해양자원의 공평하고 효율적인 이용, 해양생물자원의 보존, 해양환경의 연구, 보호, 보전 등을 위한 해양질서의 필요성을 강조하고 있어 해양거버넌스에 대한 논의가 더욱 절실한 시점이다. ⁵⁴⁶⁾ 이러한 필요성을 바탕으로 BBNJ회의에서도 현재 해양법 체제의 거버넌스와 규제(regulation) 괴리를 다루면서 해양거버넌

543) Rothwell and Stephens, *supra* note 373, p. 462; 비슷한 용어로 ‘marine governance’와 분야별 특정 거버넌스를 지칭하는 ‘maritime governance’도 있으나 본고에서는 현존 UN해양법협약과 BBNJ회의 관련 논의에 가장 자주 언급되는 ‘oceans governance’를 사용한다. 그러나 아직 해양거버넌스를 다루는 법 논문에서는 문맥과 저자의 의도에 따라 가변적인 거버넌스가 사용되기도 한다는 점은 유의하여야 한다. Takei, *supra* note 528, pp. 48-49.

544) Francois Baillet, ‘Ocean Governance: Towards an Oceaning Circle’, International Ocean Institute, DOALOS/UNITAR Briefing on Developments in Ocean Affairs and the LOS: 20 Years After the Conclusion of UNCLOS (2002).

545) 이석용, *supra* note 453, pp. 81-82.

546) *Ibid*, p. 83.

스에 대해서는 의사결정 규칙, 국제기구 및 지역수산물관리기구 간 제도적 구성 등에 집중하였다.⁵⁴⁷⁾ 따라서 본고도 BBNJ회의에서 인식한 해양거버넌스 틀을 바탕으로 지역기구 차원에서 설정된 MPA 관련 거버넌스 체제와 더 나아가 다자기구 MPA와 해양거버넌스의 구성에 초점을 맞추고자 한다.

제 2 절 지역기구 MPA와 해양거버넌스

UN해양법협약 체제 하 관할권 이원지역에 MPA를 설정하는 근거는 기존의 베스트팔렌 체제에서 나온 국가주권 중심의 이해나 국제공동체, 특히 벤담의 공리주의에 입각하는 체제에서 등장하기 어렵다.⁵⁴⁸⁾ 전자는 우선 각 국가간 어업자원에 대한 이해나 필요도가 상이하며, 특히 원양어업국에게 있어 관할권 이원지역의 MPA는 자국의 경제발전이나 국민의 생업을 방해하는 불필요한 규제로 전락할 수 있다. 후자는 해양환경 보호에 대한 가치를 공동의 이익화하는 작업도 어렵지만, 이를 위해 어업에 대한 소유권이나 재산권을 창설하는 것도 공해의 자유와 정면으로 배치될 수 있는 부분이 있어 조심스럽기 때문이다. 공해 어업의 자유는 관습법적 지위를 이미 득한 공고한 원칙임에 반해, 새롭게 국제적인 기구 등에 권한을 부여하여 신규 어업 소유권이나 재산권을 관리하는 문제는 동의에 기초하지 않는다면 주권과 관할권적 문제도 수반한다. 그러나 해양거버넌스의 주체중 국제기구와 지역기구는 국가의 다양한 의사를 반영하여 개별 국가보다 좀 더 국가 공동체의 이익에 근접한 의사결정을 내릴 수 있다는 장점이 있다.⁵⁴⁹⁾ 그렇기 때문에 가장 현실적인 방안으로는 기존의 국제 UN해양법협약 하 발족한 어업 협정과 지역수

547) UN Doc. A/62/66/Add.2, pp. 65-67.

548) 국제법에서 국가의 동의가 주요한 근거로써 국제사회의 정당성(legitimacy) 논의에 지대한 영향을 미친다는 분석도 존재한다. Daniel M. Bodansky, 'The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?', *The American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), pp. 597-598, 602, 612.

549) Birnie *et al*, *supra* note 75, p. 46.

산기구의 실행을 토대로 향후 BBNJ회의가 작성할 국제법적으로 구속력 있는 문서에 어업권리와 해양환경 보호 간 조화를 이루는 거버넌스를 창설하는 것이다. 특히 주권 중심과 국제공동체 중심 인식의 양 극단의 논의 대신 국제 거버넌스 논의는 지역기구의 수역별, 어족별 전문성과 지역기구 의사결정 등에 투영된 국가의 의사 등을 고루 참작하여, 정당성 확보에도 기여할 수 있는 부분이 있다.⁵⁵⁰⁾

UN해양법협약 하 제4부 part XII 의 이행을 위한 여러 해양 및 어업 협정이 발족되었고, 이에 2015년 기준 18개의 지역적 해양협정과 행동계획이 마련되었다.⁵⁵¹⁾ 많은 지역협정은 UN해양법협약의 제12부의 해양환경 보호 및 보존을 위한 부속서와 의정서 등으로 이루어져 있으며, MSP의 경우 다양한 국가실행 외에도 EU내 여러 지침과 입법으로 이행을 담보하고 나뉜 거버넌스를 구축한 것으로 보인다.⁵⁵²⁾ 그러나 MPA의 경우 분산적인 지역기구의 MPA와 해양거버넌스가 존재한다. 물론 BBNJ회의의 결과물이 UN해양법협약 하 제119조와 제120조 공해 관련 조문에 대한 이행협정으로 자리잡을 것이라는 예상이 지배적이지만, 어업 문제에서는 특히 이미 존재하는 여러 국제규범과 상통하거나 영향주지 않아야 한다는 점이 또 하나의 중요한 고려사항이 된다.⁵⁵³⁾ 특

550) Wolfrum 은 국제법의 정당성에 대한 여러 학설을 소개하며, 그중 국제 거버넌스를 이용한 정당성 확보에 관해서도 다음과 같이 소개한 바 있다. “Finally, there is the approach which, considering modern normative developments in international law as a form of international governance, advocates strengthening the national parliamentary influence on international relations in order to provide the necessary legitimacy for those areas of international law which may be qualified as international governance.” Rüdiger Wolfrum, ‘Legitimacy in International Law’, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2011).

551) 한국북극연구단, ‘북극연구’, 제1호, (2015), p. 84; 여기에는 흑해, 캐리비안해, 동아프리카 해, 북동태평양, 북서태평양, 홍해와 아덴만, 남아시아 해, 남동태평양, 태평양, 서아프리카 및 중앙아프리카 해 외에도 남극해, 발트 해, 카스피 해, 북동대서양 지역 등의 다른 프로그램도 존재한다. 모든 지역협정의 정보는 <http://www.unep.org/regionalseas/> 참조.

552) Directive 2014/89/EU 등은 MSP 설정에 대한 실질적인 지침을 제공한다.; Elena Gissi, Juan Luis Suarez de Vivero, Exploring Marine Spatial Planning Education: Challenges in Structuring Transdisciplinarity, *Marine Policy*, Vol. 74 (2016), p. 44.

히 UN공해어업협정과 제11부 이행협정 이후 세 번째 이행협정의 가능성과 한계에 대한 논의와 예상안 역시 진행되고 있다. 또한 1995년 UN공해어업협정과 같이 UN해양법협약의 당사국이 아닌 국가도 체결할 수 있는 별도의 문서로 성안되는 경우, 사실상 BBNJ 회의에서 도출된 이행협정은 국제 어업질서의 주요한 법적 문서기는 하지만, 다양한 행위자를 묶는 거버넌스의 요소 하나로 자리잡을 공산이 크다. 또한 현재 MPA를 설정함에 있어 이미 많은 공해 수역 및 몇몇 어종은 지역수산물관리기구를 통해 규제되고 있기에 이들의 전문성과 지역 이해를 반영하는 기제를 마련하는 것도 중요하다. 따라서 이미 겹겹이 설정된 여러 규범체계 중 특히 RFMO를 고찰해보고, 여기서 어떤 해양 거버넌스를 목표로 하여, 효과적인 MPA를 수립할 수 있는지에 대한 고민이 필요하다.

국제사회 내 이미 다양한 지역수산물기구가 존재하며 각각 기구는 각기 고유한 권한을 가지고 있다. 특히 이중에서도 비구속적 결정이나 협조 권고를 주로 하는 지역수산물기구에 비해 지역수산물관리기구(Regional Fisheries Management Organizations: 이하 ‘RFMOs’)는 회원국에 대해 어업자원의 보존 및 관리 조치 관련 구체적인 강력한 권한을 행사하기도 한다.⁵⁵⁴⁾ 아직 어업자원 관리에 있어 생태계 기반 접근방법, 사전주의 접근방식을 채용하지 않거나 UN 공해어업협정의 내용을 반영되지 않은 것도 있다.⁵⁵⁵⁾ 이런 연유로 중첩되는 기능이나 목표는 설정되어 있으나 그 효율 면에서는 크게 떨어지는 것이 현실이다. 물론 다자적, 국제적인 MPA 관련 제도도 필요하지만 현재 주도적인 역할을 담당하는 몇몇 지역기구의 MPA 체제 및 문언을 살펴보아야 한다. 그 이유는 현재 존재하는 RFMO의 기능과 새로운 이행협정 간 규범 혹은 역할 상 중복이 일어나거나 충돌이 생기지 않는지 문제가 제기될 수 있기 때문이다.⁵⁵⁶⁾ 이를 통해 향후 새로운 다자체제를 구성함에 있어 기존의 RFMO의 MPA 제도와도 조화로운 해양거버넌스를 창설하기 위한 함의를 도출해

553) 2013년 제6차 작업반회의에서는 EU, 개도국 진영이 이행협정을 지지한 것과 달리, 미국, 아이슬란드, 대한민국은 기존 국제규범을 준수할 것을 주장하였다.

554) 이석용, *supra* note 177, p. 281.

555) Freestone, *supra* note 350, p. 748.

556) Tladi, *supra* note 291, p. 656.

보고자 한다. 이를 위해서는 관할권 이원수역에 UN 공해어업협약이나 생물다양성협약이 주지하는 주요 원칙과 생물지리학적 고려가 반영된 MPA 수립 절차를 현존하는 UN해양법협약 하 법적인 기제로 포함하고 있는 두 개의 RFMO, 즉 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)와 북동대서양 프로그램(OSPAR)에 주목할 것이다.⁵⁵⁷⁾

정책중심적 방법론에 입각하더라도 RFMO에 대한 분석은 각국과 국제적 질서 논의에 유용하다. 현재 어업레짐이 다양한 지역적 공적 질서제도에 의해 운영되고 있고, 각국, 가깝게는 우리나라에도 직접적인 영향을 주고 있다. 이와 같은 사안은 다양한 국제법적 주체가 세계적 공적 질서를 향해 나아가는 과정에서 다양한 레벨 간 세계 사회과정을 경험하기 때문이다. 우리나라는 EU에 의해 불법어업국으로 예비 지정되었다가, 『원양산업발전법』 제13조 제2항을 개정했다. 동 조항은 해외수역에서 행하는 중대한 위반행위 중 국제수산기구 또는 연안국에서 설정한 금지수역에서의 조업, 금어기 중의 조업 및 설정된 어획할당량 없이 조업하거나 어획할당량을 초과하여 조업하는 행위, 그리고 국제수산기구의 관할 수역에서 보존관리조치의 위반 행위를 명기하고 있다. 이와 같이 공해 내 MPA를 설정함에 있어서도 국내법적으로는 국제수산기구와 연안국과 더불어 여러 RFMO가 설정한 MPA에 준수해야 할 법적 근거를 마련하고 있다. 이는 다양한 세계 사회과정의 참가주체가 상호적인 영향력을 행사하기 때문이다. 이에 따라 현존하는 RFMO 중 관할권 이원지역 내 MPA를 마련하고 있는 예시, 특히 당사국 간 임무권한을 어떻게 조정하였고, MPA의 법적 설립근거를 어디에 기초하였고, 국가적으로 중대한 어업이익에 대해서는 어떤 방어기제를 마련하여 주었는지를 살펴봄으로써 지역 MPA 거버넌스를 지향함에 있어 고려해야 할 사항을 추출해본다. 이에 더 나아가 2002년 지속가능발전 세계정상회의가 제시했던 MPA 네트워크 구축의 가능성이 있는지, 법적 근거를 어떤 식으로 구성하였는지에 초점을 맞춘다.

557) Pinto, *supra* note 463, pp. 166-167.

1. 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)

남극해는 세계에서 가장 생물다양성이 큰 해양지역 중 하나며, 얼음 땅덩어리로 이루어져 있다. 1959년 남극조약의 제4조는 남극에 대한 개별 국가의 영토주권 주장을 동결하고, 제9조에서 과학연구 활동의 실시로써 당사국이 정보교환, 공통 이해관계에 관한 협의, 조약의 원칙 및 목적을 강화하기 위한 조치를 위해 회합하도록 규정한다.⁵⁵⁸⁾ 여러 국가의 주권 주장을 동결한 채 남극을 평화로운 목적으로 이용하고 과학적 연구를 수행하는 *terra communis*로서 국제법 체계로 포섭되었다.⁵⁵⁹⁾ 특히 남극에는 다양한 유기체가 강한 활동성을 기반으로 넓은 지역에 분포하기에 MPA 설정안이 2004년 이후 본격적으로 대두하였다.⁵⁶⁰⁾ 최근 주목을 요하는 점으로는 2009년 South Orkney 제도의 어획 금지구역 및 첫 공해상 MPA를 필두로 2016년 10월 CCAMLR회의에서 회원국들의 합의 하 남극 Ross해에 세계 최대 넓이의 MPA를 지정한 점인데, 이는 5년 간의 협상 후 채택된 것이다. Ross해 MPA는 세 가지 지역으로 분류되는데 어업이 전혀 허용되지 않는 일반보호구역, 어업과 기후변화 간 생태계 영향을 연구할 수 있는 특별연구구역, 그리고 연구용 크릴조업을 허용하는 그릴연구수역으로 확립되었다.⁵⁶¹⁾ 이처럼 실질적인 MPA 설정이라는 성과를 살펴보기 위해 MPA의 법적근거와 여러 기준 설정에 대해 참고해볼 의의가 있다.

남극을 규율하는 남극조약체제(Antarctic Treaty System)란 남

558) 서원상, ‘극지의 국제법과 국가주권: 남극조약 제4조와 스발바르조약 제1조를 중심으로’, 2016년 국제법학자대회 발표자료, p. 279.

559) Terra communis란 ‘common land’로 번역되며 ‘land that no one owns or over which no state exercises sovereignty and that is theoretically available on equal terms for all to use’로 설명된다. 국제실행에서 남극이 terra communis의 예시가 된다. Fellmeth and Horwitz, *supra* note 84, p. 276; 이에 비해 북극은 북극이사회(the Arctic Council)에 의해 환경 보호, 원주민 이해관계 고려, 지속가능한 발전을 기조로 발전하고 있는데 아직 여러 사업이나 조직상 MPA에 관련된 사안이 많지 않아 본고에서는 깊게 다루지 아니한다.

560) 김기순, *supra* note 468, p. 14.

561) *Ibid.*, p. 30.

극조약과 함께 ‘남극조약 환경보호의정서’ ‘남극해양생물자원보존협약’, ‘남극물개보존협약’, ‘남극 광물자원 활동 규율에 관한 협약’ 등 분야별로 체결된 5개의 조약의 총체를 일컫는다.⁵⁶²⁾ 1975년 제8차 남극조약협의당사국회의에서는 해양생물자원을 다루며 1980년 ‘남극해양생물자원보존협약(Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: 이하 ‘CAMLRL협약’)'을 발족하게 되었으며, 남극해의 지역어업관리기구로 발돋움하였다. 따라서 CAMLR협약은 지역어업협정으로써 남극의 해양생물을 보호할 임무권한(mandate)을 부여받았다. 또한 1999년 이래 남극조약 협의당사국회의(Antarctic Treaty Consultative Meeting: 이하 ‘ATCM’)을 통해 남극영유권 동결, 남극 선박운항, 어업활동에 의한 해양오염 방지, 남극생태계 보호 등을 논의하고 있다.

CAMLRL협약 내 MPA 설립근거를 좀 더 구체적으로 보자면 제9조 제2항이 어로행위 금지구역을 설정할 수 있도록 규정하였기에 MPA 지정에 있어 법적 근거다. 또한 의정서 제5부속서는 RFMO의 하나인 남극해양생물자원보존위원회(Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: 이하 ‘CCAMLRL’)의 사전승인을 거치면 특정 해양지역을 남극특별보호구역(Antarctic Specially Protected Areas) 혹은 남극특별관리구역(Antarctic Specially Managed Areas)로도 지정할 근거를 마련하였다. 이후 제3조 및 제4조는 상기 구역의 지정 기준을, 제5조는 관리계획, 그리고 차례로 제6조는 지정절차를 규율하고 있다. 또한 동 위원회는 기국과 연안국 관할권을 혼합한 형태의 새로운 접근으로 국가들의 이행을 도모하였다.⁵⁶³⁾ 또한 제12조 등에는 veto clause와 지역경제통합기구의 의결권을 인정하는 등 환경보호와 경제적 이익 간 조화를 도모한 모습도 주목할 바다.⁵⁶⁴⁾ 이와 같은 접근은 특히

562) 박수진, *supra* note 90, p. 139.

563) Rothwell and Stephens, *supra* note 373, p. 436.

564) 실제 조문은 다음과 같다.

Article XII(1)

[...](2) Decisions of the Commission on matters of substance shall be taken by consensus. The Question of whether a matter is one of substance shall be treated as a matter of substance. [...]

다자기구에서 각국이 이익을 관철할 수 있는 재량의 여지를 돕으로서 궁극적으로는 기존 당사국과 해당 지역에서 원양어업을 수행하는 비당사국의 참여를 확대하는 효과가 있을 것이다.⁵⁶⁵⁾

물론 남극은 해당 지역에 대한 국제법적 특수한 이해가 적용되는 지역이라 일반화하기에는 무리가 있다. 하지만 MPA를 설정하며 대두한 여러 쟁점을 참고할 점이 있다. 우선 국가들 간 이해가 가장 첨예하게 대립한 부분은 어업활동 제한, 합리적 이용의 기준설정, 그리고 CCAMLR의 MPA 지정권한 여부 등이었다.⁵⁶⁶⁾ 중국과 러시아 등 원양어업국은 남획의 위험정도의 산정에 있어 어획 자료의 비교 가능성, 이론적 근거 등에도 이의제기를 하였다.⁵⁶⁷⁾ 또한 CCAMLR 제2조는 협약의 목적에 남극 해양생물자원의 ‘보존’에 방점을 두고, 여기에는 ‘합리적 이용’이 포함된다고 하였는데 해당 규정의 해석에 있어 원양어업국은 합리적 이용에 초점을 두고 보존의 범위에서 어업활동을 최대한 허용하려고 했다. 마지막으로 러시아와 우크라이나 등이 제기한 지역수산기구의 MPA 설정권한 유무 여부가 쟁점화되었다. 특히 우크라이나는 UN해양법협약을 해석함에 있어 연안국 관할권 내 연안지역 내 MPA만이 가능하고, 공해에서는 아직 MPA를 수립할 법적 근거가 부재하다고 지적하였다.⁵⁶⁸⁾ 그러나 2014년 ATCM에서 CCAMLR의 목적은 남극해양생물자원의 보존에 있으며, CCAMLR 위원회가 공해인 해당 협약수역에 MPA 설정권이 있다는 발표를 하였다.⁵⁶⁹⁾ 이러한 여러 한계를 극복한

565) Howard S. Schiffman, *Marine Conservation Agreements: The Law and Policy of Reservations and Vetoes* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 153.

566) 김기순, *supra* note 468, p. 33-37.

567) Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, Report of the Thirty-Fourth Meeting of the Commission (2015), pp. 51-52, paras. 8.88-8.91.

568) Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, Report of the Second Meeting of the Commission, CCAMLR-SM-II (2013), p. 9, para. 3.26.

569) Antarctic Treaty Consultative Meeting, Final Report of the Thirty-seventh Antarctic Treaty Consultative Meeting Brasilia, 28 April-7 May 2014, pp. 25-26, para. 48; 원문은 “The Meeting [...] noted that CCAMLR had established the legal framework within which MPAS could be designated in the CCAMLR Convention area.”.

계기는 일몰조항(sunset clause)의 도입도 기여한 바가 있는 것으로 보인다. 이는 MPA가 효율적으로 기능하지 않을 때 일정기간 후 MPA 조치를 소멸시키는 것⁵⁷⁰⁾으로, 협상의 타결에 있어 당사국을 상대로 합의안 도출 가능성을 끌어올린 것으로 보인다. 이처럼 어업국과 비어업국, IUU 어업 의혹국 및 규제국 간 여러 마찰이 있는 상황에서도 다양한 법적 근거 설정과 합의를 통해 새로운 MPA 네트워크를 설정할 수 있었기에 여러 긍정적인 평가를 받고 있다.

2. 북동대서양 프로그램(OSPAR)

북동대서양 해양환경보호협약(OSPAR)⁵⁷¹⁾은 1992년 체결되어 다양한 목적을 효과적으로 수행한다는 평가를 받고 있으며, 협약상 목적에는 해양의 생태계와 생물종다양성 보호 및 보존도 포함된다.⁵⁷²⁾ OSPAR 협약의 이행은 OSPAR 위원회와 여러 하부그룹에 의해 수행된다. 또한 동협약은 1998년 발효한 후 국가관할권 이원 해역 MPA에 대한 규정이행 실행을 보여주며, 해당 지역의 어업관리를 주도하는 북동대서양 다자간 미래어업협정(the Convention on Future Multilateral Co-operation in the North East Atlantic Fisheries, 이하 NEAFC)⁵⁷³⁾와

570) 김기순, *supra* note 468, p. 39.

571) The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (Paris), 22 September 1992, 21 International Legal Materials 1068 (1993); OSPAR라는 명칭은 본 협약이 초안된 Oslo와 Paris를 합성한 것이며, 북동 애틀랜틱 지역, 즉 스페인의 남쪽 근방부터 북극까지를 대상 수역으로 한다. Guifang (Julia) Xue and Yu Long, 'The Changing Arctic and an Adaptive Approach to the Protection of Arctic Marine Ecosystems, in Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds), *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries* (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), p. 344.

572) Xue and Long, *supra* note 571, pp. 344 - 345.

573) 물론 NEAFC는 OSPAR와 다르게 전적으로 어업자원의 장기 보존과 최적의 이용에 중점을 둔 기구며, 기존의 International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT) 등과의 중복을 막기 위해 특정 어류 및 해양 포유류는 관할하

흑해 해양환경 보호협약(the Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area)도 같이 운영되고 있기에 귀중한 사례를 제공한다. 특히 동 협약은 통합된 생태계 접근법(integrated ecosystem approach)에 기반하여 북동대서양, 북극, 협약 당사국의 내해와 영해, 연안국 관할권 하 영해 인접 해양 이외에도 국제법적으로 관할권 이원의 수역인 공해, 심해 그리고 하층토 해양구역까지 포괄한다는 특이점을 가지고 있다.

물론 1998년 Sintra 선언 후 OSPAR 위원회는 저층어업에 따른 생태계 파괴를 방지하기 위해 관할권 이원지역 8곳에 MPA를 설정하였다가 그중 5곳의 권한이 중첩되는 NEAFC등과 갈등을 빚기도 하였다.⁵⁷⁴⁾ 또한 OSPAR 당사국 중에도 공해 내 MPA설립근거에 부정적인 국가도 많았다. 또한 일부 국가는 200해리 이원의 외측 대륙붕에 대한 이의제기를 하여 관할권 이원지역을 이내지역으로 주장하여 범리에 혼선을 야기하였다.⁵⁷⁵⁾

이러한 어려움에도 불구하고, 1998년 채택된 OSPAR 협약의 제5부속서(Annex V)는 위원회가 제3부속서에 적시한 여러 기준에 의한 인간 활동을 관리하기 위해 여러 프로그램과 조치를 취할 것을 의무화한다는 점에 주목할 수 있다. 특히 제5부속서 제3조 제1항 (b)(ii)에는 ‘특정 구역, 장소, 특정 종, 혹은 서식지에 관한 보호, 보존, 복원, 예방조치를 국제법에 합치하는 방법으로 개발할 의무를 제시하였다. 이에 따라 2003년 동 위원회는 MPA 네트워크에 대한 OSPAR 권고안을 채택하였다. 동 권고안은 3.1조 c항에서 각 체약국이 북동대서양의 관할권 이원수역에 대해서도 OSPAR MPA로 선정될 수 있는지 평가하고, d항에서는 이를 토대로 OSPAR 위원회에게 관할권 이원의 지역을 OSPAR MPA 네트워크에 포함시키도록 건의할 것을 명시하였다.⁵⁷⁶⁾

고 있지 않다. Xue and Long, *supra* note 571, p. 347.

574) Sands and Peel, *supra* note 295, p. 446.

575) OSPAR, 2009/10 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas (2010).

576) OSPAR Commission, OSPAR Recommendation 2003/3 on a Network of Marine Protected Areas, amended by OSPAR Recommendation 2010/2 (OSPAR 10/23/1,

OSPAR 당사국은 2010년 각료회의에서 국가관할권 이원 수역에 6개의 MPA를 설정하였고, 그 면적도 290,000 제곱킬로미터에 이른다⁵⁷⁷⁾. 또한 2012년에도 1개의 MPA를 더 설치하고, 관련 조항이 권고로 추가된 바 있다. 특히 OSPAR의 해양생물다양성 기준에 입각한 MPA 설치 기준 및 선정 절차는 해양거버넌스에 대한 중요한 함의를 제공한다.

제 3 절 다자기구 MPA와 해양거버넌스 설정가능성

MPA 설정이 해양생태계를 효과적으로 보호하려면 범지구적 관리시스템이 구축되어야 한다는 전문가들의 의견이 제기되고 있다. 이에 향후 체계적으로 효율적인 국제적 혹은 다자 해양거버넌스를 추진할 수 있는지 방향과 관련 법리를 분석해보고자 한다.

1. 해양생물다양성 보존 통합적 접근 모델

2017년도 UN BBNJ 준비위원회는 2020년경을 목표로 UN해양법협약 하 법적 구속력을 가지는 국제문서의 골격을 작성하면서 제도적인 측면에서는 세 가지 안을 들고 있다. 이는 국제 차원 체제, 지역 및 분야별 체제, 그리고 혼합체제로 구성된다. 많은 학자와 기구가 나름의 제안을 하고 있어 여러 안이 혼용되기도 하지만 BBNJ 회의 작업물의 구분에 따라 여러 가지 제안의 실현 가능성, 장단점 등을 정리해보고, 가장 적합한 안을 도출한 뒤 이에 대한 법적인 쟁점을 찾아본다.

<표 1: 향후 관할권 이원수역 생물다양성 보호 체제 제시안>

Annex 7) 참조.

577) 그러나 한편으로는 지역협약이기 때문에 OSPAR 비회원국에게는 법적 구속력이 없다는 비판도 제기된다. Xue and Long, *supra* note 571, p. 346.

담당 기구 중앙 집권 화	강한 수준의 통합		담당 기구 분 권 화
	<div>(1) 국제 차원 체제</div> <div><ul style="list-style-type: none">- 관할권 이원지역 활동을 국제 기구에 일원화하여 일임- UN해양법국/ 당사국회의/ ISA 등 다양한 안이 존재- 이행협정에 기관 구조, 거버넌스 원칙, 의사결정 기구 및 이행 메커니즘 구비</div>	<div>(3) 혼합 체제</div> <div><ul style="list-style-type: none">- RFMO 및 지역 환경관리 체제를 통합적으로 규정, 관리하는 체제- 법적 구속력있는 국제문서로 임무 권한 및 기관구성 재분배- 기존 RFMO 기능 통합, 유기성 확보</div>	
	<div>(2-1) 지역적 체제</div> <div><ul style="list-style-type: none">- UN 총회 결의안 등을 통한 비구속적 지침으로 지역적 체제 공조 유지- 관할권 이원 수역 생물다양성 보호 지침안을 국가와 기관이 지역적 특성을 고려하여 재량적으로 수용하도록 구성</div>	<div>(2-2) 분야별 체제</div> <div><ul style="list-style-type: none">- RFMO 간 협력 및 조정을 MOU 등으로 구체화- 이행협정을 분야별 협력이 가능한 골격협정으로 구성- 기존 RFMO의 분야별 임무권한을 관할권 이원지역 확장</div>	
	약한 수준의 통합		

Source: Richard Barnes, The Proposed LOSC Implementation Agreement on Areas Beyond National Jurisdiction and Its Impact on International Fisheries Law, *The International Journal of MARine and Coastal Law*, Vol. 31 (2016) 의 figure 1을 참조 및 변경함.

(1) 국제 차원 체제

BBNJ회의를 거친 새로운 국제문서는 국제사회 내 공동이익인 해양생물다양성을 보존하기 위해 발족하는 것이므로 국제적인 체제를 새로 설립해야 한다는 의견이 나올 수 있다. 이와 같은 모델 (표 1의 (1) 참조) 은 관할권 이원지역의 MPA 설정 시 과학적 자문 제공, 의사결정, MPA 분석 및 감시 등의 주요 활동을 일원화된 국제 기구에서 담당하는 체제다.⁵⁷⁸⁾ 이미 RFMO의 일원화된 접근방법의 부재로 어업 거버넌스를

578) UN DOALOS, Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the

담당할 능력이 부족하고, 더 나아가 해양생태계 관리까지 기대할 수 없어 다른 특단의 조치가 필요하다는 의견이 팽배했다.⁵⁷⁹⁾

국제적인 레짐을 만들기 위해서는 아예 새로운 합의체를 구성하고 이에 확대된 임무권한을 부여할 수도 있다. 새로운 실체는 간략하게 사무국으로 구성할 수도 있으며, UN해양법국(UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea), 법적, 과학적 및 기술위원회, 혹은 당사국회의(Conference of the Parties)로 구성하는 안도 있다.⁵⁸⁰⁾ 상기 실체는 보통 절차면에서는 의사결정을, 그리고 실제적인 면에서는 MPA의 설립근거의 판단을 맡게 될 것이다. 다만 기존의 지역 및 분야별 어업기구가 MPA 설정안을 제출하는 등 기존의 역할의 연장선상에서 일정한 역할을 부여받을 수도 있을 것이다. 이중 ISA의 임무권한을 넓히자는 제안도 존재하지만 이를 위해서는 이행협정에서 법적 개정에 준하는 임무권한 변경 조문을 삽입하여야 한다는 부담이 따를 수 있고, UN해양법 협약 당사국과 BBNJ 회의 이후 제3의 이행협정 당사국 간 해당 기구의 권한 간 혼란이 따를 수 있어 그다지 효율적인 안으로 평가받고 있지 않는 실정이다.

국제 차원 체제는 RFMO를 거치지 않아도 당사국들이 설정된 MPA 체제로 포섭될 수 있는 가능성을 보인다. 해당 방법은 다른 방법보다 일관성 면에서 뛰어나며, 생태계적 접근을 취하기에 용이하다. 하지만 새로운 기구와 체제를 설립하는데 있어 행정비용과 거래비용이 늘어난다는 단점이 크게 작용한다.

(2) 지역적 혹은 분야별 체제

Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, available at http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf (last visited on 31 October, 2017), p. 45.

579) UN Doc. A/61/65 (2006), para. 25.

580) Tladi, *supra* note 291, p. 668.

지금까지 수산관리 체제는 RFMO에 의해 운영되어 온 측면이 크고, 또한 분야별 세부적인 필요성에 대응하기 위해 지역 및 분야별 모델을 제시하기도 한다. 지역 및 분야 모델은 기존의 RFMO에게 조치 수행과 운영에 대한 전반적인 권한을 부여하되 기구 간 협력 및 협조가 원활하게 이루어질 수 있는 국제적인 공조체계를 구성하는 방안이다.⁵⁸¹⁾

우선 지역적 체제와 같이 (표 1의 2-2 참조) RFMO의 당사국이 그대로 유지되는 체제 하에서는 status quo를 벗어나기 어렵다는 지적이 있다.⁵⁸²⁾ 우선적으로는 RFMO의 권한에 대한 새로운 규정 혹은 체제를 구비하지 않는다면 일국이 MPA의 필요성을 인지하여 MPA를 권고 및 설정하려고 해도, 다른 비회원 국가에 대한 권한이 미지수로 남아있어 조치의 적용이나 효과에는 한계가 따를 수 밖에 없다.⁵⁸³⁾ 따라서 일국이 이행협정에 합의하고 비준하여, 당사국 지위와 함께 저절로 지역수산물 리기구의 관할 하 들어올 수 있도록 설계해야 할 수도 있다. 그러나 이와 같은 구도로는 UN공해어업협정과 같이 비준 기간이 지체되는 경향이 있다. 또한 국제적으로 법적 구속력이 있는 MPA를 설정하기에는 정당성의 문제가 제기될 법도 하다.⁵⁸⁴⁾ 특히 국제적으로 공유자원이라고 인식되는 어업자원에 관해 지역 단위의 특수한 이해가 작용하여, 이 역시 관할권 이원자원의 MPA 설정에 걸림돌로 작용할 가능성이 높다. 또한 분야별 체제 (표 1의 2-2 참조) 현존하는 RFMO의 권한과 적용대상을 모두 포괄한다고 상정하여도 모든 공해 및 심해저 지역을 커버할 수 없다는 공백도 있다. 또한 권한의 중첩을 막기 위해 특정 RFMO는 의도적으로 몇몇 어종에 대해서는 아예 규율을 하지 않는 경우도 비일비재하

581) UN DOALOS, Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction (2017), available at http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf (last visited on 3 November, 2017), p. 45.

582) Tladi, *supra* note 291, p. 667.

583) VCLT 제18조 및 제26조 참조.

584) *Ibid.*

기에 적용대상이 어업자원의 범위가 일괄적으로 조정이 되기 힘들다는 구조적인 한계도 노정한다.⁵⁸⁵⁾ 상기 문제점을 검토할 때 지역적 혹은 분야별 체제는 총체적인 국제협력을 위시하는 법적 레짐이 수반되어야 효과적으로 작동할 것이다. 그렇다면 이미 다른 체제들을 어떻게 수용하고 조정하여야 최상의 효율을 도출할 수 있는지, 이러한 체제를 수립하기 위해 법적으로는 어떤 규범과 조문이 입안되어야 하는지 고민이 필요한 시점인 것이다.

(3) 혼합 체제

혼합형 모델은 일반적인 지침, 설정기준 및 평가기준 등은 국제적으로 운용하되, 과학적 자문, 이행 및 감시 등에 대한 의사결정 과정 등의 실무는 기존의 지역 및 분야별 조직에 일임하는 제도다.⁵⁸⁶⁾ 특히 이미 UN차원의 회의에서 많은 당사국이 1995 UN공해어업협정과 지역수산물관리기구로 구성된 거버넌스가 적정할 것이라는 의견을 표출한 바 있다.⁵⁸⁷⁾ 예를 들면 MPA의 목적은 골격협정에 명시하고, 이에 대한 임무권한을 국가 및 지역기구에 일임한 뒤 제안서를 제출할 의무를 부과하며, 별도의 국제적 과학기구가 이를 평가하는 등의 다양한 참여자를 조화시키려는 제안도 있다.⁵⁸⁸⁾

또한 지역수산물관리기구 간 원만한 소통을 위해서 MOU형태의 협력체계를 구축하는 것도 필요할 것이다. OSPAR 위원회는 NEAFC를 비롯하여 ISA, Sargasso Sea Alliance 등과도 MOU 관계를 맺었고, 공유하는 수역에 대한 권한에서는 중첩되는 면을 줄임과 동시에 사전주의

585) Xue and Long, *supra* note 571, p. 355.

586) UN DOALOS, *supra* note 581, p. 45.

587) UN Doc. A/61/65 (2006), para. 24; UN Doc. A/65/68 (2010), para.44.

588) E. Druel and K.M. Gjerde, Sustaining Marine Life beyond Boundaries: Options for an Implementing Agreement for Marine Biodiversity beyond National Jurisdiction under the United Nations Convention on the Law of the Sea, *Marine Policy*, Vol.49 (2014), p. 95.

원칙이나 과학적 접근에 대한 원칙 수립 등에서는 통일성을 추구하고 있다.⁵⁸⁹⁾

해당 방안은 향후 BBNJ회의에서 작성할 이행법안이 UN해양법협정의 제197조의 지구적 및 지역적 협력 조항에 기반할 경우 더욱 더 시너지 효과를 발휘할 수 있을 것으로 보인다. 특히 기존에 효율적으로 운영되던 지역수산물관리기구의 MPA도 생태계 중심 접근방법에 더 적절한 운용을 위해서는 다른 지역과의 연계, 전지구적 생태계 및 먹이사슬, 해류 등을 체계적으로 파악하여 더욱 효과적인 MPA 설정을 도모할 수 있다.⁵⁹⁰⁾ 실질적으로 많은 학자 및 국제기구는 혼합 체계를 선호하며 나름 여러 가지 방안을 제안하고 있지만 아직 뚜렷하게 지지를 받는 주효한 제시안이 등장하지는 않아 향후 BBNJ 회의 내 당사국들의 의견에 따라 세부적인 조율이 따를 것으로 기대된다.

2. 해양생물다양성 규범간 관계 확립

(1) 기준 및 적용원칙

UN BBNJ 준비위원회는 MPA 설정 기준으로 최선의 과학적 근거, 유일성, 희귀성, 종의 생애주기 상 특수성, 위협받거나 멸종위기에 놓인 종과 서식지의 중요성, 생산성, 대표성, 취약성 등의 기준에 합의한 바 있다.⁵⁹¹⁾ 하지만 아직 적용원칙에 대해서는 상기 다른 국제환경법상

589) Barnes, *supra* note 490, p. 599.

590) Daniela Diz Pereira Pinto, *Fisheries Management in Areas Beyond National Jurisdiction: The Impact of Ecosystem Based Law-Making* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 172-174.

591) UNGA, Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, UN Doc. A/AC.287/2017/PC.4/2 (31 July 2017), p. 11, para. 4.3.1.

의 기본 원칙 외에도 생소한 기준이 난립하고 있어 아직은 논의가 더 진행될 필요가 있다.⁵⁹²⁾ 특히 고려해야 할 점은 모조약이 되는 UN해양법 협약, 어업에 있어 중요한 규제 공백을 메워주는 UN공해어업협약, 그리고 앞서 모범적인 MPA 설정 및 운영을 보여주는 CCAMLR과 OSPAR의 NEAFC가 구비하고 있는 원칙이 제각기 다르다는 점이다.

<표 2: 해양환경 보호관련 원칙 조문>

협약 \ 원칙	사전주의의 원칙	국제협력의 원칙	지속가능한/형평한 이용	생태학적 접근 방법
UN 해양법 협약		제64조, 제118조, 제197조	제140조	제194조
UN 공해어업협약	제6조	제24조	제5조 (a) 및 제24조	제5조 (e)
CCAMLR	제2조 3항 (c)	제3조 및 제5조	제4조 (b)(i)	
NEAFC	제4조 2항 (b)		제2조	제4조 (2)(c)

물론 지속가능한 및 형평한 이용의 경우 네 가지 협약 모두 관련 조문을 가지고 있지만, 몇몇 기본적인 국제환경법상 원칙이 빠져있는 경우도 있다. (표 1 참조) 이와 같은 현상은 더 많은 RFMO를 대상으로 정리할 경우 문제가 더욱 복잡해진다. 이에 필수적인 원칙을 본조약의 개정 없이도 반영을 하거나, 같은 원칙이라도 이에 수반되는 의무의 정도 등이 다를 때 이를 어떻게 조화시키는지 그 관계정립에 대한 고민이 필요한 것이다. 상단의 표를 통해 또 고민해 볼 점은 주요 해양환경 보호관련 원칙 조문을 모두 구비하는 UN공해어업협약의 경우 UN해양법 협약과 달리 고유의 당사국을 가지는 체제인데다, UN공해어업협약을 더 넓게 수용해볼 수 있는 문언인 'regional fisheries management organization'이나 'arrangement' 등의 주요 용어가 아직 정립되지 않아 CCAMLR나 NEAFC와의 관계를 어떻게 설정해야 할지에 대해서도 아

592) *Ibid*, pp. 20-21, para. 93.

직 이견이 많다는 점이다. 일례로 CAMLR협약은 UN공해어업협약의 지역적 이행이라고 볼 수 없다는 의견이 제기되곤 하는데, 전자가 후자보다 먼저 도입되어 후속법 우선원칙을 적용할 수도 없으며, CAMLR협약상 관할권 이원 수역 이외에도 몇 군데의 관할권 이내 수역이 포함되어 있고, 경계왕래나 고도회유성 이외에 ‘북극해양생물자원’을 모두 다루기에 적용대상에서도 외연에 큰 차이가 있기 때문이다.⁵⁹³⁾ 즉 해양환경 보호관련 원칙을 충실하게 반영하기 위해서는 UN해양법협약의 당사국에게 적용되는 UN해양법협약 하 이행입법을 통해 대상 수역과 어종을 최대한 넓게 정의하되, 국제공동체의 해양환경보호 이익을 위한 원칙을 원문에 삽입하는 것이 최대한의 방법일 것이다.

또한 더 나아가 상기 해양환경 보호관련 원칙을 UN해양법협약 조문의 구체적인 의무, 혹은 ‘due regard’에 고려되는 요건으로 들어오는 방안도 있다. 제194조 ‘해양환경 오염의 방지, 경감 및 통제를 위한 조치’, 제87조의 ‘공해의 자유’, 제147조 ‘심해저와 해양환경에서의 활동조정’에는 공해의 자유 혹은 연안국의 권리와 대비되는 환경상 고려나 다른 국가의 이익의 균형을 맞출 수 있도록 문언상 제한이 구비되어 있다. 해당 조문에 국제협력의 원칙상 MPA의 적용에 따라 영향을 받는 국가와의 협의, BBNJ회의 이후 이행협정의 비당사국과의 협의 가능성을 명시하여 MPA 관련 절차 및 실제적인 의무를 창설할 수 있다.⁵⁹⁴⁾ 또한 아직 국제법적으로 원칙이나 관습법의 지위를 향유하지 못하는 사전주의의 원칙과 생태학적 접근방법에 대한 실질적인 의무를 적절한 고려 및 합리적인 고려의 요건을 포함시키는 방법을 생각해볼 수 있다. 이를 위해서는 우선 제87조 제3항의 공해의 자유 문언에서 과연 ‘due regard’ 조항을 어떻게 적용할 수 있을지 고민한 뒤, 제194조의 ‘due regard’에도

593) Ben Milligan, ‘Marine Protected Areas in Antarctic Waters’, in Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon, *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), p. 566.

594) Tullio Treves, ‘Principles and Objectives of the Legal Regime Governing Areas Beyond National Jurisdiction’, in Erik J. Molenaar, Alex G. Oude Elferink (eds.), *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Development* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), pp. 22, 29

국제협력의 원칙을 MPA 이행에 도움이 되는 방향으로 원용할 수 있는지 볼 것이다. 예를 든다면 사전주의 원칙의 경우, MPA 설정 시 MPA 내에서 수행할 활동을 정할 때 과학적으로 일어날 수 있는 모든 긴급상황과 오염 시나리오를 분석한 뒤 가능 활동 범위를 최소한으로 규정하는데 적용될 수 있다. 생태계 접근방식의 경우 생태학적 대표종을 선정하고, 해당 생물들의 행동 반경과 이동 범위등을 고려하여 MPA 네트워크를 만들고, 만약 임무권한이 다른 기구에 있다면 MOU 등을 맺어 긴밀한 생태계 연결고리를 유지하도록 명문 규정을 두는 것도 고려할 수 있다.

UN해양법협약 제87조의 제2항의 ‘due regard’의 범주는 모호하며, 제118조 역시 MPA에 관한 실체적인 존중까지 이어졌는지는 평가가 갈리는 부분이다. UN해양법협약 주석서에서도 ‘due regard’에서 인정되는 다른 국가의 권리와 의무를 어디까지 고려해야 하는지에 대한 실질적인 제언은 두고 있지 않는 것으로 보인다.⁵⁹⁵⁾ 이와 관련하여 제118조에서도 생물자원의 보존 및 관리를 위한 국제협력의 원칙이 내정되어 있고, 제119조 제3항은 공해생물자원 보존 시 보존조치와 그 시행에 있어 어떠한 국가의 어민에 대해서도 형식상 실질상 차별이 없도록 보장하도록 되어 있는데, 국제사회가 새로운 이행협정으로 들여올 MPA가 두 조항의 조치에 포함되는지, 그리고 협약의 비당사국의 경우에도 MPA를 존중해야 하는지 확실히 해야 할 부분일 것이다.

또한 제194조 제4항에 근거하여 이행협정에 해양환경 보호관련 원칙을 MPA에 관련시킬 경우, 현 단계에서 아직 엄정한 실체적 의무보다는 타국이나 국제사회의 합법적인 행위를 방해하지 않을 의무만 명시하는 것으로 볼 수 있다.⁵⁹⁶⁾ 즉 MPA 설정에 대한 국제적 지침을 마련하는 과정에서 국제회의에 참석하고, 협의 과정을 거친다면 제194조가 기술한 의무를 다 한 것이라는 주장을 펼치는 국가가 있는 경우, 이를

595) Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume III* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), p. 86, 87.9(1) 참조.

596) Hafner, *supra* note 523, p.370.

어떻게 다시 이행의 방향으로 설득할 것인지 논거가 부족하다고 할 수 있다. 혹자는 MPA에 대해 신의성실의 원칙을 원용해서 MPA의 운용을 방해하지 않도록 유도하자는 의견을 내놓기도 하였지만⁵⁹⁷⁾, 이행협정에서는 국제협력의 원칙과 규범력을 좀 더 세밀하게 발전시킬 필요가 있다.

(2) 기존 규범과의 관계 정립

BBNJ회의에서 국제문서의 범위, 기준, 실현가능성 논의를 이어 나갈 때 확정된 사안중 하나는 기존의 법적 문서와 체제를 존중하고, 국제적, 지역적, 영역별 기구를 무시(undermine)하지 않겠다고 명확히 한 점이다.⁵⁹⁸⁾ 이미 다양한 RFMO는 UN해양법협약 제118조 ‘생물자원의 보존 및 관리를 위한 국가간 협력’에 따라 설립되어 다양한 규제를 수행하고 있다. 따라서 제3국에 대한 효과나 효율성만을 위해 기존의 지역수산 기구나 메커니즘보다 우선시되는 권한을 갖춘 국제기구나 문서를 창설하는 것은 목표에서 경도되는 제안일 것이다.⁵⁹⁹⁾ 즉 현실서에서 MPA 관련 거버넌스를 설정하기 위해서는 기존의 국제어업질서와의 화합도 중요한데, BBNJ 회의로 도출되는 UN해양법협약 이행협정과 기존의 지역수산물관리기구의 협약과의 관계를 어떻게 설정할 것인가도 고민해야 한다.

우선 제안되는 것은 각 RFMO가 기존에 관리하던 지역의 수역에 대해서 다른 RFMO의 임무권한에는 제한을 두는 ‘보충성(complementarity)’에 따르는 안이다. 이는 기존의 RFMO의 임무사항에

597) *Ibid.*, p. 371.

598) UN DOALOS, Letter dated 13 February 2015 from the Co-Chairs of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to the President of the General Assembly, Sixty-ninth session, UN Doc. A/69/780 (2015), p. 3.

599) 그럼에도 불구하고 기존의 공해의 자유를 제한하면서 MPA를 설정할 수 있으며, 기존의 지역수산기구보다 강력한 권한을 가지는 국제기구의 설립안을 들고 있는 연구도 있다. 그러나 이는 현실적으로 타협에 이르기 힘든 제안일 것이다. Konrad Jan Marciniak, ‘New Implementing Agreement Under UNCLOS: A Threat or An Opportunity for Fisheries Governance?’, *Marine Policy*, Vol. 84 (2017), pp. 323-333.

영향을 주지 않되 어떤 특정한 임무에 필요한 노력이 중복되지 않도록 관계를 맺는 것이다.⁶⁰⁰⁾ 보충성에 수반되는 방법으로는 양립 및 우선적용 조항(conflict clause 혹은 saving clause)을 성안과정에 반영할 수 있다.⁶⁰¹⁾ 특히 ILC는 2006년 보고서를 통해 양립 및 우선적용 조항을 세분화한 바 있으며, 이중 특히 명시적으로 추후 양립가능한 조약을 허용하는 조항⁶⁰²⁾, 후속 조약에서 규정이 이전 조약에 영향을 미치지 않음을 확정하는 조항⁶⁰³⁾, 후속조약에서 이전의 양립가능한 조약을 유지한다는 조항⁶⁰⁴⁾을 두는 경우 등이 유용할 것이다.⁶⁰⁵⁾ 이전 MPA가 설정된 협정의 폐기나 개정을 유도하는 문언이 UN해양법협약 하 이행협정에 삽입

600) Barnes, *supra* note 490, p. 596; UN Doc. A/67/95 (2012), para. 29; UN Doc. A/68/82 (2013), para.41 참조.

601) Barnes, *supra* note 490, p. 596; conflict clause는 ‘충돌조항’으로 번역될 수도 있지만 사실상 지역어업관리기구 내 조문 간에는 중대한 충돌은 많이 발생하지 않으며, 다만 적용 범위나 어종에 관한 중첩 정도가 가장 큰 문제가 된다. 따라서 해당 용어가 ‘타 조약과의 충돌발생을 사전에 방지하기 위한 조항으로 우선순위를 명시한 조항과 조화로운 양립을 병행하도록 하는 조항’으로 구분될 수 있음을 감안하여 본고에서는 ‘양립 및 우선적용 조항’을 차용하고자 한다. 최원목, 박경진, ‘생물다양성관련 협약과 통상조약간의 충돌과 조화: 나고야 의정서의 양립 및 우선적용 조항의 해석을 중심으로’, 『국제경제법연구』, Vol. 14, No.3 (2016), p. 137.

602) Clauses that expressly permit subsequent compatible treaties, UN해양법협약 제311조 3항도 ‘2개국 이상의 당사국은 오직 그들 상호관계에만 적용되는 협정으로서 이 협약의 규정의 적용을 변경시키거나 정지시키는 협정을 체결할 수 있다. 다만, 이러한 협정은 이 협정의 목적과 대상의 효과적 이행과 양립하지 않는 조항 일탈에 관한 것이어서는 아니되며, 이 협약에 구현된 기본원칙의 적용에 영향을 미치지 아니하며, 그 협정의 규정이 이 협약상 다른 당사국의 권리행사나 의무이행에 영향을 미치지 아니하여야 한다.’고 규정한다.

603) Clauses in the subsequent treaty providing that it shall not affect the earlier treaty.

604) Clauses in the subsequent treaties that expressly maintain earlier compatible treaties, UN해양법협약 제311조 2항도 ‘이 협약은 이 협약과 양립가능한 다른 협정으로 부터 발생하거나 또는 다른 당사국이 이 협약상의 권리를 행사하거나 의무를 이행함에 영향을 미치지 아니하는 당사국의 권리와 의무를 변경하지 아니한다.’고 규정한다.

605) Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by M. Koskenniemi, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006), paragraph 26 참조; 최원목, 박경진, *supra* note 601, pp. 138-140 참조.

된다면 지역수산기구 체제 운영에 큰 혼란을 야기할 수 있기 때문이다. 또한 MPA 네트워크를 지향하되 각 지역별 생태계 특성을 고려해야 하는 점에 유의한다면 어느 정도의 유연성도 겸비해야함은 자명하다.

일례로 국가의 주권 및 관할권에 대한 부분도 일몰조항 입법을 통해 보충성을 갖추야 향후 BBNJ 회의 후 출범하는 새로운 국제적 MPA 관련 법적 문서를 더 많은 국가가 참여하도록 유도할 수 있다. UN공해어업협정 제4조는 UN해양법협약 상의 국가의 권리, 관할권 및 의무를 침해하지 않을 것을 명시하고 있다. MSP의 경우 2014년 EU의 지침에서 UN해양법협약과의 관계나 다른 당사국의 주권적 권리와 관할권에 대한 명시적인 예외 구성 조항을 구비한 점을 참고할 수 있다.⁶⁰⁶⁾ 특히 연안국이 새로운 수역을 선언하고, 확장하는 행위에 대해 규정하고, 제2조는 명확하게 '지침은 관련 국제법, 특히 UN해양법협약에서 도출되는 수역에 대한 당사국의 주권적 권리와 관할권에 영향을 끼치지 않으며 이는 해양경계획선이나 UN해양법협약의 관련 조문에 따른 당사국 간 해양경계획정에 영향을 주지 않는다는 점을 명확히 한 바를 참고할 수 있다.⁶⁰⁷⁾ 특히 CCAMLR의 Ross해 MPA에 규정된 일몰조항과 같이 조치 실행 이후 MPA가 해당국의 어업권을 통한 조업이익의 추구에 크게 부담이 된다면 조업국이 MPA의 이행 범위나 대상 어종에 대해 이의를 제기하고, 사회적 과정을 거쳐 국가들 간 이해 및 가치 조정에 나설 수 있는 기제를 마련해주어야 한다. 그래야 비로소 초반에 다양한 국가의 동의 하 MPA 체제를 출범시킬 수 있는 동력으로 이용할 여지가 있을 것이다.

마지막으로는 해양 생태계 보호를 위해 이미 연구되거나 설정된 국제기구와 RFMO의 기준을 받아들여 국제차원의 규범으로 지정하는 작업도 요구될 것이다. 생물다양성협약의 생태학적 또는 생물학적으로 심각한 해역(EBSAs)의 지정은 그 자체로(per se)는 법적인 함의는 크지

606) Zervaski, *supra* note 455, p. 44.

607) Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for maritime spatial planning, OJ L 257/135 (28 August 2014).

않다는 평이 있다. 하지만 이는 전문가들이 관할권 이원 수역을 포함한 해양 생태계에 대한 과학적 조사를 근거로 설정한 것이기에 해양관리에 있어 기여할 수 있는 바가 크다.⁶⁰⁸⁾ 그렇기에 UN해양법협약 하 이행협정에서 이를 반영한다면 해양 생물다양성에 대한 전문성도 제고하고, 기존의 제도를 활용하기에 새로운 국제기구 및 임무권한을 창설해야 하는 부담도 경감시킬 수 있을 것이다.

3. 소결

본 장은 어업자원 보호 MPA를 설정하기 위해 정책중심적 법략 방법론에 해양거버넌스라는 개념을 도입하여 여러 가지 새로운 분석을 시도하였다. 이와 같은 시도를 감행한 배경에는 여러 분열적 행태를 보이는 관할권 이원수역의 어업을 규제함에 있어 상호 관계를 찾기 위해서는 다양한 RFMO와 국제기구 등의 참가주체와 지역적 공적 질서를 포섭하는 것이 필수적이기 때문이다. 특히 법적 요소와 제도적 요소를 모두 포괄할 수 있는 해양 거버넌스를 기본 분석틀로 전제하고 난 뒤, 성공적인 지역기구의 MPA 예시를 분석하여 이를 다자기구 MPA에 적용하는 정책적 대안을 구상하였다.

지역기구 MPA의 경우 해양거버넌스 개념을 도입하여 세계 사회과정의 참가주체를 국가 외 RFMO로 확장하면 다양한 실행을 분석할 수 있다. 남극의 CCAMLR의 경우 다양한 국가들과 지역경제통합기구의 의결권을 조정하고, 각국의 이익을 관철시킬 다자기구 채널을 유지하고, MPA에 대한 일몰조항 도입 등의 유연한 전략이 MPA 설정 타결에 이바지 하였다. 또한 연구 목적 어종 제한과 어획 제한 수역 등 다양한 종류의 MPA를 설립하여 국가들의 ‘지식’과 ‘효율’ 가치를 고루 담보하려는 노력을 보여줬다. 북동대서양의 OSPAR와 같은 경우는 해당 지역의 기타 어업관련 기구와 임무권한을 조정하거나 MOU 등으로 협조를 하는

608) Jeff Ardrone *et al.*, ‘Advancing Governance of the High Seas’, IASS Policy Brief 1/2013, Institute for Advanced Sustainability Studies (2013), p. 6.

모습을 보여주었다. 또한 MPA 네트워크를 형성하여 지역적 공적 질서 제도를 더욱 공고히 하는 조치를 취한 점도 인상적인 점이다. 즉 지역 단위에서 정책중심적 법학 방법론의 시각에서 볼 때 세계 사회과정을 촉진하는 다양한 함의를 찾아볼 수 있었다.

그렇다면 과연 국제 차원의 관할권 이원수역 MPA는 어떤 주체가, 어떤 경로로 설정하도록 고안해야 할까? 본고는 국제사회의 공적 질서제도에서 가치의 극대화를 도모하기 위한 해양 거버넌스를 도입한 주요 이유중 하나가 제도적인 면과 법적인 면을 모두 분석할 수 있게 된다는 점이었기에 본 절에서는 우선 제도적으로는 혼합형 모델을 제시하고, 법적으로는 해양생물다양성 규범 간 관계를 확립할 수 있는 기준 및 적용 원칙 간 관계 정립을 시도하였다.

첫 번째로 제도적인 분석에서는 체제를 수립하는 것을 목표로 하였기에 해양생물다양성을 보존할 유인 및 제도적 메커니즘을 국제 차원 체제와 지역적 체제의 요소를 혼합한 혼합체제에서 찾을 수 있었다. 형식면에 있어서 배타적 이익 추구가 지나친 부분을 규제하기 위해서는 법적 구속력있는 국제문서로 임무 권한 및 기관구성의 재분배를 도모해야 한다고 했다. 또한 이미 효율적으로 운영되는 다수의 지역 공적 질서를 포섭하기 위해 기존 RFMO의 기능을 통합하고, 유기성을 보존하는 제안을 하였다. 가장 큰 밑그림으로는 RFMO와 지역 환경관리체제를 통합적으로 관리할 수 있는 중앙집권적 합의체가 필요하다는 점을 지적하였고, 임무권한을 맡을 기구 후보를 간략하게나마 제시하였다.

두 번째로는 규범간 관계의 확립을 도모하였는데, 현재 제일 효과적인 해양생물다양성 관련 협약에서 어떤 원칙이 포함되어 있고, 어떤 원칙이 부재한지를 살펴보았다. 이를 근거로 UN BBNJ 회의 이후 이행협정이 도출된다면 어떤 문언이 들어가야 할지 제시하였다. 특히 세계 공적 질서의 공동 이익 규정을 위해서는 사전주의의 원칙과 생태학적 접근 방법에 대한 명문 규정이 삽입되어야 하며, 국제협력의 원칙의 경우 의무 규정 속에 구체적인 의무를 수여할 수 있는 방안을 고민하였다. 이를 위해 기존 해양법 체제에서 고려된 요건인 'due regard'를 실제적인

의무 규정으로 발전시키기 위해서 UN해양법협약의 제118조, 제119조 그리고 제194조 제4항이 제시한 사항에서 규범력의 상향이 가능할지 분석해보았다. 그 다음으로는 기존 규범과의 조화를 꾀하기 위해 RFMO간 양립 및 우선적용 조항을 신설하고, 특히 국가의 주권 및 관할권에 대한 부분에도 유연성을 두도록 제한하였다. 이러한 방향은 국가가 공적 질서 수립에 기여하는 종안에 ‘안보’나 ‘위신’에 대한 우려를 덜고 공동이익에 좀 더 집중할 수 있는 환경을 마련해주기 위함이다.

또한 마지막으로 기존에 CBD나 기타 어업기구에서 파편적으로 수행한 생태학적 해역 선정 기준 설정 작업을 수용하여 전문성을 증진하고, 앞서 새로운 국제 협의체가 부담해야 하는 행정비용을 줄이는 방안도 제시하였다. 앞서 기존에 비교적 성공적으로 안착하고 운영되는 RFMO의 관할권 이원지역 MPA는 국가와 지역이 소유하는 어업권과 여기서 유발되는 경제적 이익에 대한 고려 역시 상당한 수준으로 보장하고 있음을 감지할 수 있었다. 따라서 국가나 다른 RFMO의 임무권한에 대한 보충성을 염두에 두고 양립 및 우선적용 조항, 일몰조항, 그리고 기존 국제기구가 과학적으로 도출한 생태학적 기준을 전폭적으로 활용해야 한다. 양립 및 우선적용 조항과 일몰조항은 국가의 운신의 폭을 넓혀 초기 제도 안착을 위한 참여를 유도하는 역할을 수행할 것이다. MPA 수역에 선정에 있어 이미 집적된 연구 자료와 주장을 수용하여 RFMO를 총체적으로 관리하도록 권한을 수여받은 국제체제가 행정비용을 최소화하면서도 MPA 규정을 권위적이고 지배적인 과정, 즉 사회적인 과정을 통해 국제공공질서를 수립할 수 있도록 노력을 경주해볼 수 있을 것이다.

제 6 장 결론

국제법의 발전은 고전적인 개념이나 원칙이 재발전 과정을 거쳐 국가실행이 되고, 이윽고 국제적인 합의로 변해가는 절차를 밟기도 한다. 특히 해양에 대한 관할권, 해양자원에 대한 재산권 등은 다면화된 법적 문제로, 지역, 국가, 그리고 국제적 차원의 관할권이 중첩되기에 Henri Lefebvre는 해양과 어업문제는 법적 밀폐유(mille-feuille)⁶⁰⁹⁾와도 같다고 비유한 바 있다. 그럼에도 불구하고 관할권 이원지역에 관한 법리는 17세기 이후부터 비약적인 발전을 이루어 왔으며, 현재 UN BBNJ 회의의 관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존을 위한 국제법적으로 구속력있는 국제문서는 해양법체제를 바꿀 수 있는 분수령이 될 것이다.

본고 제1장에서는 우선 UN해양법협약 문언으로는 혼란을 불러올 수 있는 관할권, 주권, 그리고 여러 가지 사법상의 권리의 발전상을 정리하였다. 이를 통해 주로 민사관할권과 입법관할권을 다루게 된다는 사실에 근거하여 기존의 연안국의 관할권과 공해의 자유를 좀 더 다각적인 시각으로 볼 수 있게 되었다. 또한 자원에 대한 주권은 천연자원에 대한 영구주권, 신경제질서 논의를 거쳐 현재까지도 개발도상국들이 BBNJ회의에서 이러한 논의를 재활용하고 있음을 확인하였다. 또한 정책 중심적 학파의 전제와 이론을 수용하여 국가들의 배타적 이익 야욕이 강해지는 해양 소유권 및 재산권 적용 체제보다는 국제공동체나 공동의 이익의 프레임으로 논의를 전개하는 것이 적합하다는 의견을 도출하였다. 마지막으로 그동안 재차 지적되어오던 기국관할권이나 항만관할권이 현재 BBNJ회의의 주 의제와 정합성과 효율성 면에서 부족한 면이 많기에 논의선상에서 일단 배제하였다.

제2장에서는 국가관할권 이원지역의 법적지위가 어떻게 형성되었고, 이에 대해 공유물에 관한 법리가 어떻게 적용되었는지를 고찰하였다. 특히 로마법 상의 무주물(*res nullius*) 개념과 공유물(*res communis*)

609) Morieux, *supra* note 128, p. 42.

개념 간 경합에서 후자가 좀 더 우세하게 적용되었으며, 지금까지도 다른 대안적 법적지위보다 우선적으로 UN해양법협약과 BBNJ논의에 등장하게 된 이론적 배경을 이해할 수 있었다. 그리고 1958년 제1차 UN해양법회의인 제네바 회의부터 제3차 UN 해양법회의까지 영해의 범위와 공해의 자유가 충돌하는 개념임에도 불구하고, 결국은 영해가 대폭 늘어나는 결과가 양산되었음을 볼 수 있었다. 특히 이 과정에서 ILC와 ILA의 민간 국제법 학술회의와 여러 문건이 법리 발전에 뒷받침이 되었음을 알 수 있었다. 그 다음으로는 공해를 규율하기 위한 조약상 의무와 기국관할권을 이용한 FAO의 다양한 해양환경보존 및 어업활동 규제안을 보았으나 효과가 미미하였고, 이에 UN BBNJ회의에서 논의하는 국제적인 프레임워크의 필요성을 더욱 절실하게 느끼게 되었다.

제3장에서는 국제환경법이 과연 공해의 자유와 연안국의 해양에 대한 관할권을 제한하는 방향으로 환경법원칙을 적용할 수 있는지 판별하고자 했다. 이에 따라 CBD 등 조약간의 관계를 살펴보고, 국제환경법의 주요 원칙인 월경 피해 방지원칙, 국제협력의 원칙, 세대내 및 세대간 형평, 사전주의의 원칙을 검토하였고, 생태주의 접근방법 역시 같은 방법으로 고찰하였다. 이를 통해 월경 피해 방지원칙, 국제협력의 원칙, 세대내 및 세대간 원칙은 다양한 판례 및 조문에서 이미 원칙이 충분히 반영되어 공해의 어로자유를 제한할 수 있을 것으로 보았다. 하지만 사전주의의 원칙과 생태주의 접근의 경우 공해 어업 관련 조약에서는 큰 발전이 있었지만, 국제 일반법상으로 국가실행이나 판례 상 법적 확신이 충분하다고 느끼기에는 일말의 한계가 있었다. 따라서 BBNJ회의 도출 문서에서는 상기 두 가지 원칙은 반드시 명시적으로 구체적인 의무와 함께 구비하여야 할 것임을 알 수 있었다. 또한 어업자원 보존 판례의 경우 *Bering Fur Seals Arbitration*, *Fisheries Jurisdiction Case(UK v. Iceland)*, *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, *Southern Bluefin Tuna case*, 그리고 *Chagos MPA Arbitration*을 살펴보았다. *Bering Fur Seals Arbitration*과 *Fisheries Jurisdiction Case (UK v. Iceland)*에서는 어업자원과 어로행위의 법적지위를 중점적으로 보았다.

전자에서는 어업자원의 특성을 두루 고려하여 소유권이나 일국의 환경정책 관할권 행사를 인정하지 않았기에 사실상 전통적인 공해의 자유에 철저히 입각한 판결이 나왔으나, 후자에서는 어업행위의 지위가 절대적이기 보다는 해양생물자원 보존과 조화시켜야 하는 의무가 생성된 일련의 흐름을 볼 수 있었다. 그 다음 판례로는 관할권 이원수역에 대한 여러 조치를 중점적으로 기술하였다. *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* 사건에서는 RFMO와 ICJ 유보선언 내 ‘보존 및 관리 조치’라는 문언을 적절히 이용하여 Estai 호의 나포조치에 대한 적법성 판단에서 유리한 고지를 점한 사례를 볼 수 있었다. 또한 *Southern Bluefin Tuna* 사건에서는 재판관할권 관련 조항을 사용하여 가처분조치에서 그치게 되어 본안 판단이 심도 있게 진행된 것은 아니지만, 사전주의의 원칙을 시험어업 조치에 적용해보는 시도에서 다양한 함의가 있었다. 마지막으로 *Chagos MPA Arbitration* 사건도 관할권 존부 판단에서 식민주의 사정 등 복잡한 사실관계가 있기는 했지만, 아주 간단하게나마 MPA의 설정에 있어 UN해양법협약상 일반적 의무가 실제 절차에서 어떻게 적용되어야 하는지 간단한 지침을 마련하게 되었다. 이와 같은 분석에서 국가의 공해의 자유 향유와 연안국 관할권 행사는 점차 해양환경 및 해양생물다양성과 조화롭게 고려해야 한다는 인식이 강해지고 있으며, 유보선언이나 관할권 조항에서도 보존 및 관리 조치에 대한 해석이 점차 중요해지고 있음을 알 수 있었다.

제4장에서는 국제해양법과 국제환경법 사이 조화 시도를 UN BBNJ회의와 MPA 안건에서 읽어낼 수 있었다. 특히 가장 효율이 높다고 평가받는 지역기반관리 방법 중 MPA에 집중하였다. 그러나 아직 국제법상 MPA의 정의나 설립근거가 뚜렷하지 않기에 국제기구와 문서상의 논의를 정리하여 보았다. 또한 현재 BBNJ 회의의 개요와 앞으로의 일정 등을 같이 대비시켜 어떤 방향으로 공해와 심해저 내 MPA 설정을 논할 것인지 각각 예측하여 보았으나, 어업자원의 보호가 어업자원의 이용을 주장하는 국가들에게는 국제공동체가 가지는 공동이익으로 간주되기 힘들기 때문에 국제기구와 지역기구 등의 참여자를 포괄하는 국제 해

양거버넌스의 적용이 필요하다는 주장으로 나아갔다.

제5장에서는 어업자원을 보호하기 위한 MPA 조치에서 더 나아가 ‘거버넌스’ 개념을 포섭하였다. 국가공동체의 국가이익 논의는 관할권 이원지역의 해양자원에 대한 공동이익 인식을 바탕으로 소유권이나 재산권을 설립하여 국제체제의 권한 하 관리하는 것이 방안으로 제시되었지만, 이를 관철하기에는 국가중심의 주권과 관할권의 영향력이 아직 영향력이 크기에 모든 당사국의 동의가 있지 않는 한 구현하기 힘들 것이다. 따라서 현실적인 방안으로 UN해양법협약 하 설립된 지역별 그리고 분야별 해양환경보호 및 어업기구의 실행을 살펴보고 이를 향후 BBNJ 회의 결과물에 거버넌스 형태로 반영할 것을 제안하였다. 특히 다각화되는 국제사회에서 해양거버넌스는 현재 많은 해양관련 논의의 중심이 되고 있으며, MPA 네트워크 등 좀 더 효과적이고 상호연결성이 높은 국제법적 조치를 강구하고 있다. 이를 위해 현재 가장 성공적으로 MPA를 설정하고, 당사국의 이행을 도모하고 있는 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)와 북동대서양프로그램(OSPAR)를 비교검토하였다. 물론 양기구는 당사국이나 설정지역 등에서는 큰 차이가 있지만, 일몰조항의 도입이나 생태계 접근법에 근거한 구체적인 의무 부과 등 다자 MPA 거버넌스 설립에도 기여할 수 있는 함의를 담고 있었다. 이를 통해 제도적인 측면에서는 국제차원, 지역적 혹은 분야별, 그리고 혼합적 체제를 구상하여 보았고, 규범적인 측면에서는 기준 및 적용원칙을 정리한 뒤 기존 규범과의 관계 정립안에 대해서도 고민해보았다. 특히 해양환경 보호 원칙 중 조문이 미비한 부분을 꼭 제3의 이행협정에 반영하고, 양립 및 우선 적용 조항을 유연하게 이용하여 기존의 RFMO와의 협업도 도모하자고 제안하였다.

상기 논의를 거친 결과 현재 어업자원에 관련된 법적 지위 논의나 어업자원 및 환경 보호원칙은 전통적인 공해의 자유를 효과적으로 제한할 수 있을 것으로 사료된다. BBNJ 회의에서 논의되는 MPA는 UN해양법약에 의거하여 법적으로 구속력있는 법적문서인 UN해양법협약 이행협정에서 정의될 수 있다는 점에서 다른 관할권 이원 수역 해양보호

구역 지정 방안보다 효과적일 수 있기에 여러 논점을 포섭해야 한다고 제안하고자 한다. 우선적으로 다자적인 UN해양법협약의 이행협정이 기여할 수 있는 규범적인 부분은 현재 혼잡한 해양환경보호 및 어업자원 관리 국제 및 지역체제를 정비하여 일관성이 있는 해양 거버넌스의 밑그림을 그리는 것이다. 다만 여기에는 상주하는 관리 기구 및 조직, 적절한 보호수역 및 보호종의 채택, 규제대상인 어로활동 및 도구의 선정, MPA 설정 절차, 사회경제적 이익과의 균형도모, MPA 지정 후 이행방안 확보, MPA의 법적 효과 등이 더욱 중요해진다.⁶¹⁰⁾ 이를 위해서 양립 및 우선적용 조항의 명시, EBSA와 같은 기존 해양수산관리기구의 전문성 활용 등의 실체적인 구상도 아울러 진행하였다.

지금까지 관할권 이원지역에는 공유지의 비극이 존재했지만, 어업자원의 특수성 때문에 사적이나 공적 재산을 설정하기에는 국가들의 ‘안보’이익 및 ‘위신’가치가 걸림돌로 작용하기도 하였다. 때문에 ‘효율’과 ‘지식’의 가치를 반영할 수 있는 다양한 형태의 MPA는 법정정책학적 면에서도 유연성과 구속력을 모두 겸비할 수 있는 유용한 정책도구가 될 수 있다. 다만 그 설립근거와 관리체계에 관해서는 많은 어려움이 산적해있지만, 본고는 그중에서 가장 기본이 되는 국제기구 체제 고안과 기본 원칙 및 임무권한의 관계 등을 정비하는데 다각적인 분석을 시도하였다. 이와 같은 기반이 제대로 조성된다면 국제적인 관리체계 하 국가들의 배타적 이익 추구 경향에 제도적 제한이 걸리게 되어, 포괄적 이익과의 조화를 도모할 수 있을 것이다. 만약 그렇게 된다면 앞으로는 관할권 이원수역의 자원 이용에 관한 인식공동체(epistemic community)⁶¹¹⁾, 전문가 집단, NGO 등도 참여하여 관할권 이원지역 어업자원 관리체계는 실질적인 공적 질서 수립에 수렴하게 될 것이다. 마지막으로 일반 국제법의 레짐 간 상호관계 역시 단순한 국제해양법과 국제환경법의 조화 논의를 넘어 실체적인 레짐 간 의무 규정 및 예외 규정 논의를 통해 사회화 과정 참가주체들의 이익과 가치 체계를 변화시켜야 한다. 향후 더욱 구체화된 시행 및 이행협정이 더해진다면 관할권 이원수역의 어업자원 관리 MPA

610) Tladi, *supra* note 291, p. 660.

611) Pahuja, *supra* note, p. 195.

는 효율적인 국제 해양거버넌스를 구축할 수 있을 것이며, 인류존엄을 위한 공공질서 수립으로 나아갈 수 있게 될 것이다.

참 고 문 헌

<단행본>

—국문—

- 김대순, 『국제법론』 제17판 (서울: 삼영사, 2013).
- 김준호, 『민법강의:이론·사례·판례』 제23판 (파주: 법문사, 2017).
- 김현수, 『해양법각론』 (서울: 청목출판사, 2011).
- 박찬호 · 김한택, 『국제해양법』 제3판 (서울: 와이북스, 2016).
- 정서용, 『기후변화, 글로벌 거버넌스 그리고 국제법』 (서울: 박영사, 2011).
- 정영진·이재민·황준식, 『국제법:이론·판례 및 문제해설』 (제14판), (서울: 신조사, 2015).
- 정인섭, 『新국제법강의』 제5판 (서울: 박영사, 2013).
- 정인섭, 『신국제법강의』 제6판 (서울: 박영사, 2016).
- 정인섭·정서용·이재민, 『국제법 판례 100선』 제3판 (서울: 박영사, 2012).
- 정인섭·정서용·이재민, 『국제법 판례 100선』 제4판 (서울: 박영사, 2016).
- 한국수산개발원, 『대한민국의 해양법 실행: 유엔해양법협약의 국내적 이행과 과제』 (서울: 일조각, 2017).

—영문—

- Alam, Shawkat *et al.* (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law* (New York: Routledge, 2015).
- Aldo, Chircop *et al.* (eds.), *The Future of Ocean Regime-Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston* (Leiden and Boston: Martinus Nijhoff

- Publishers, 2009).
- Balsar, Kemal, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (Hague: Boston; Martinus Nijhoff Publishers, 1998).
- Barnes, Richard, *Property Rights and Natural Resources* (Oxford: Hart Publishing, 2009).
- Birnie, Patricia W. and Boyle, Alan E., *International Law and the Environment* (Oxford: Clarendon Press, 1994).
- Bodansky, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law* (London: Harvard University Press, 2010).
- Boyle, Alan and Freestone, David (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges* (Oxford: Oxford University Press, 2011).
- Blum, Yehuda Z., *Historic Titles in International Law* (Hague: Martinus Nijhoff, 2012).
- Buchanan, Allen and Moore, Margaret., *States, Nations, and Borders* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).
- Churchill, R. R. and Lowe, A. V., *The Law of the Sea* , 3rd edition, (London: Manchester University Press, 1999).
- Combacau, Jean and Sur, Serge, *Droit International Public*, 5th edition (Paris: Montchrestien, 2001).
- Crawford, James and Donald R. Rothwell. (eds.), *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1995).
- Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Crawford, James *et al.* (eds), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses, Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Leiden: Brill Nijhoff,

- Crawford, James and Koskenniemi, Martti (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).
- Dupuy, René Jean, *Communauté Internationale et Disparités de Développement: Cours Général de Droit International Public*, (Hague: Martinus Nijhoff, 1991).
- Elian, George, *The Principle of Sovereign Over Natural Resources*, (Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff International Publishers, 1979).
- Evans, Malcom D. (ed.) *International Law*, 4th edition (New York, : Oxford University Press, 2014).
- Frank, Veronica, *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea: Implementing Global Obligations at the Regional Level* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007).
- Feenstra, Robert(ed.), *Hugo Grotius Mare Liberum 1609–2009: Original Latin Text (facsimile of the first edition, 1609) and Modern English Translation* (Leiden: Brill, 2009).
- Fellmeth, Aron X. and Horwitz, Maurice, *Guide to Latin in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Fisher, Douglas (ed.), *Research Handbook on Fundamental Concept of Environmental Law* (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016).
- Freestone, David and Hey, Ellen (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (Hague: Kluwer Law International, 1996).
- Freestone, David, Richard Barnes and David Ong. (eds.) *The Law of the Sea: Progress and Prospects* (New York: Oxford University Press, 2006).
- Freestone, David (ed.), *The 1982 Law of the Sea Convention at*

- 30: Success, Challenges and New Agendas* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Fulton, Thomas Wemyss, *The Sovereignty of the Sea: An Historical Account of the Claims of England to the Dominion of the British Seas, and of the Evolution of the Territorial Waters with Special Reference to the Rights of Fishing and the Naval Salute* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2010).
- Grotius, Hugo, *De Jure Belli Ac Paxi Libri Tres*, (Trans. Francis W. Kelsey), Volume Two, Book II (Oxford: Clarendon Press, 1925).
- Grotius, Hugo, *De Jure Praedae Commentarius*, G. L. Williams and W. H. Zeydel (trans.), Volume 1: A Translation of the Original Manuscript of 1604 (New York, William S. Hein & Co., Inc, 1995).
- Grotius, Hugo, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, M.J van Ittersump (eds.). Natural Law and Enlightenment Classics, (Indiana: Liberty Fund, Inc, 2006).
- Gillespie, Alexander, *Protected Areas and International Environmental Law*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007).
- Harrison, James, *Making the Law of the Sea* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).
- Harrison, James, *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2017).
- Hossain, Kamal. and Chowdhury, Subrata Roy. (eds.) *Permanent Sovereignty Over Natural Resources in International Law: Principle and Practice*, (London: Frances Pinter, 1984).
- Henriksen Tore, Hønneland Geir, Sydnæs Are, *Law and Politics*

- in Ocean Governance: The UN Fish Stocks Agreement and Regional Fisheries Management Regimes* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006).
- Hey, Ellen, *The Regime for the Exploitation of Transboundary Marine Fisheries Resources: The United Nations Law of the Sea Convention Cooperation between States* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989),
- Hey, Ellen. *Advanced Introduction to International Environmental Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2016).
- Jennings, Sir Robert and Watts, Sir Arthur, *Oppenheim's International Law: Volume I Peace, Introduction and Part I*, 9th edition (Essex: Longman Group, 1992).
- Jessup, Phillip, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction: the Nature and Extent of Civil and Criminal Jurisdiction in Marginal Seas as Evidenced by Decisions of National and International Courts, Statutes, Treaties, State Papers, Text Writers and General Principles of Law, with Commentaries and a Proposed Code* (New York, G. A. Jennings Co., Inc, 1927).
- Johnston, Douglas M., *The Theory and History of Ocean Boundary-making* (Kingston and Montreal: McGill-Queen's University Press, 1988).
- Juda, Lawrence *Ocean Space Rights: Developing U.S. Policy* (New York: Praeger Publishers, 1975) ° Johnston, Douglas M., *The Theory and History of Ocean Boundary-making* (Kingston and Montreal: McGill-Queen's University Press, 1988).
- Kirchner, Andree. (ed.) *International Marine Environmental Law: Institutions, Implementation and Innovations* (Hague, Kluwer Law International, 2003).
- Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: Cambridge

- University Press, 2005).
- Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law* (Portland, Hart Publishing, 2011).
- Lowe, Vaughan, *International Law* (Great Clarendon Street, Oxford University Press, 2007).
- McDougal, Myers S. and Burke William T., *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea* (New Haven: Yale University Press, 1962).
- McDougal Myers S. and Burke William T., *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea* (New Haven: Yale University Press, 1962).
- McDougal, Myers S. and Burke, William T., *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea* (New Haven: New Haven Press, 1987),
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edition (New York: Routledge, 1997).
- Mancall, Peter C. and Shammas, Carole (eds.), *Governing the Sea in the Early Modern Era: Essays in Honor of Robert C. Ritchie* (San Marino: The Huntington Library, 2015).
- Marr, Simon, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in International Law* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003).
- Molenaar, Erik J., Alex G. Oude Elferink and Donald R. Rothwell (eds.), *The Law of the Sea and the Polar Regions: Interactions Between Global and Regional Regimes*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Mossop, Joana , *The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Rights and Responsibilities* (Oxford: Oxford University Press, 2016).
- Ndiaye, Tafsir Malick and Wolfrum, Rüdiger (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes:*

- Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007).
- Nine, Cara, *Global Justice and Territory* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Nordquist, Myron H. (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume III* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002)
- Nordquist, Myron H. (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume IV* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2002)
- Nordquist Myron H. (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume VI* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2002).
- Nordquist Myron H. and Moore John Norton (eds), *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries* (Leiden: Brill Nijhoff, 2016).
- O' Connell, Daniel Patrick (ed. I. A. Shearer), *The International Law of the Sea: Volume I* (Oxford: Clarendon Press, 1984)
- O' Connell, Daniel Patrick (ed. I. A. Shearer), *The International Law of the Sea: Volume II*, (Oxford: Clarendon Press, 1984).
- Oda, Shigeru. *International Control of Sea Resources*, (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989).
- Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, 3rd ed. (London, New York: The Lawbook Exchange, LTD, 2005).
- Oral, Nilufer, *Regional Co-operation and Protection of the Marine Environment Under International Law: The Black Sea*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Oude Elferink, Alex G. and Rothwell, Donald R. (eds), *Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses*, Leiden, Martinus Nijhoff

- Publishers, 2003.
- Oude Elferink, Alex G. (ed.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers), 2005.
- Pinto Daniela Diz Pereira, *Fisheries Management in Areas Beyond National Jurisdiction: The Impact of Ecosystem Based Law-Making* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Rothwell, Donald R. and Stephens, Tim, *The International Law of the Sea* (Oxford: Hart Publishing, 2010).
- Rothwell, Donald R. *et al*, *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Ryngaert, Cedric. *Jurisdiction in International Law*, 2nd Edition, (New York: Oxford University Press, 2015).
- Ryngaert, Cedric (Ed.), *What's Wrong with International Law??: Liber Amicorum A.H.A. Soons* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015).
- Sands, Philippe and Peel, Jacqueline, *Principles of International Environmental Law*, 3rd Edition, (New York: Cambridge University Press, 2012).
- Scelle, Georges, *Manuel Élémentaire de Droit International Public* (Paris: Domat-Montchrestien, 1943).
- Scheiber, Harry N. and Paik, Jin-Hyun, *Regions, Institutions, and Law of the Sea: Studies in Ocean Governance*, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Schiffman, Howard S., *Marine Conservation Agreements: The Law and Policy of Reservations and Vetoes* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008).
- Schrijver, Nico, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (New York: Cambridge University Press, 1997).
- Shaw, Malcolm N., *International Law: Seventh Edition* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

- Schiffman, S. Howard, *Marine Conservation Agreements: The Law and Policy of Reservations and Vetoes* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008).
- Stephens, Tim, *International Courts and Environmental Protection* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- Stokke, Olav Schram (ed.), *Governing the High Seas Fisheries: The Interplay of Global and Regional Regimes* (Oxford: Oxford University Press, 2011).
- Tanaka, Yoshifumi, *A Dual Approach to Ocean Governance: The Cases of Zonal and Integrated Management in International Law of the Sea*, (Farnham: Ashgate Publishing, 2008).
- Tuerk, Helmut, *Reflections on the Contemporary Law of the Sea* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012).
- Valencia, Mark J., Jon M. Van Dyke and Noel A. Ludwig, *Sharing the Resources of the South China Sea* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).
- Vicuña, Francisco Orrego, *The Changing International Law of High Seas Fisheries* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).
- Viñulaes, Jorge E. (ed.) *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Warner, Robin, *Protecting the Oceans Beyond National Jurisdiction: Strengthening the International Law Framework*, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009).
- Wells, N. Robert, Law, *Values and the Environment: A Reader and Selective Bibliography* (Lanham: Scarecrow Press, 1996).
- Yturriaga, A. de José, *The International Regime of Fisheries: From UNCLOS 1982 to the Presential Sea* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).
- Zacharias, Mark, *Marine Policy: An Introduction to Governance*

and International Law of the Oceans, (New York: Routledge, 2014).

<학술논문>

-국문-

- 경익수, 'UN 해양법협약과 생물다양성협약간의 상호관계에 관한 연구', 『한국해법학회지』, 제27권 1호 (2005), pp. 177-199.
- 김기순, '남극해양생물자원보존위원회에서 설정한 해양보호구역제도 (CCAMLR MPAs)의 발전과 쟁점', 『國際法學會論』, 제62권 제3호 (2017), pp. 11-44.
- 김은채, '갯생자원의 다자간 협력의 정치경제: 수산자원의 경우', 『수산경영론집』, 제39권 제1호 (2008), pp. 115-132.
- 김선표, '호주·뉴질랜드와 일본간 남방참다랑어 분쟁에 관한 국제해양법 재판소의 가처분 조치에 대한 법적 평가', 『해양정책연구』, 제14권 2호, pp. 93-111.
- 김성원, '국제법 분석도구로서 경험주의 법학 방법론에 관한 연구', 『국제법학회논총』, 제57권 제4호, pp. 87-112.
- 김현정, '국제공역 보호를 위한 항만국 관할권', 『서울국제법연구』, 제19권 제1호 (2012), pp. 83-108.
- 노화섭, '공해상 해양보호구역 지정관련 한계와 타당성에 관한 법적 고찰', 『海事法研究』 제22권 제1호 (2010), pp. 248-277.
- 두현욱, 'PSSA의 국제법적 문제점과 이행방향 연구', 『해사법연구』, 제26권 제1호 (2014), pp. 51-75.
- 박수진, '국가관할권 이원지역(ABNJ)에서의 국제해양법질서와 향후 과제', 『경희법학』, 제47권 제4호 (2012), pp. 125-160.
- 박종원, '국제환경법상 사전배려원칙의 지위와 기능', 『법학논총』, 24권 3호 (2007), pp. 405-427.
- 박진완, '글로벌 거버넌스와 국제공법', 경북대학교 법학연구원 『법학논고』 제41집 (2013), pp. 353-390.
- 박현석, '남방참다랑어 사건: 排除되지 않은 節次의 排除?', 『국제법학회논총』, 제46권 제1호(2001), pp. 159-182.

- 박현석, ‘國際慣習法 形成의 게임이론 模型’, 『국제법 학회논총』, 제55권 제4호(2010), pp. 49-69.
- 서원상, ‘국제법상 원칙, 규범, 규칙의 법적 의의: 국제환경법원칙의 법적 지위를 중심으로’, 『국제법평론』, 제33호(2011), pp. 33-52.
- 서원상, ‘극지의 국제법과 국가주권: 남극조약 제4조와 스발바르조약 제1조를 중심으로’, 2016년 국제법학자대회 발표자료 (2016년 10월 21일), pp. 271-291.
- 성중모, ‘유스티니아누스 법학제요 한글 初譯: 제2권 번역과 注釋’, 『법사학연구』, 제45호 (2012), pp. 127-258.
- 유희진, ‘국제환경법상 형평원칙과 기후변화체제의 협상’, 『국제법평론』, 제38호 (2013), pp. 37-61.
- 윤영민·김임향·이운철, ‘영국·모리셔스 간 차고스제도 해양보호구역 문제에 관한 중재재판 판결의 분석 및 시사점’, 『海事法研究』, 제27권 제3호 (2015), pp. 1-30.
- 이근관, ‘Rosalyn Higgins, 『Problems and Process: International Law and How We Use It』: 1994, Oxford University Press, pp. 274’, 『서울국제법연구』, 제2권 제2호 (1995), pp. 265-281.
- 이석용, ‘해양거버넌스와 해양관리체제에 관한 고찰: 국제해양법과 동북아 해양질서에 대한 함의’, 『과학기술법연구』, 제21권 제1호 (2015), pp. 81-122.
- 이재곤, ‘국제환경법의 제원칙: 그 진화와 과제’, 『국제법평론』, 제38호 (2013), pp. 1-35.
- 이재곤, ‘Iron Rhine 철도사건 (Belgium/Netherlands)의 국제환경법적 쟁점’, 『東亞法學』, 제65권(2014), pp. 579-613.
- 이재곤, ‘베링해 물개중재사건’과 생물자원보존을 위한 국제환경법 발전, 『전북대학교 법학연구소 법학연구』, 제44집 (2015), pp. 351-378.
- 이재민, ‘IUU 규제조치와 국내법의 역외적용: 미국 및 EU의 관련 입법과 집행을 중심으로’, 『국제경제법연구』, 제12권 제3호 (2014), pp. 27-65.

- 이창위, ‘정책중심적 법학(Policy Oriented Jurisprudence)의 관점에
서 본 경계획정과 독도에 대한 처리’, 『국제법학회논총』, 제
50권 제2호 (2005), pp. 211-236.
- 이창위, ‘해양관할권의 확대에 의한 해양강대국과 연안국의 대립: 영해
제도의 역사와 현대적 의의를 중심으로’, 『동북아역사논총』,
제34호 (2011), pp. 331-360.
- 이창위, ‘해양과학조사에 대한 해양강대국과 연안국의 갈등 - 규범화를
둘러싼 대립의 본질과 법정정책학적 대안’, 『국제법학회논총』.
제60권 제3호 (2015), pp. 229-247.
- 최원목, 박경진, ‘생물다양성관련 협약과 통상조약간의 충돌과 조화: 나
고야 의정서의 양립 및 우선적용 조항의 해석을 중심으로’,
『국제경제법연구』, 제14권 제3호 (2016), pp. 135-156.
- 최태현, ‘인류의 공동유산개념의 법적 의미’, 『법학논총』 제14권
(1997), pp. 193-216.

—영문—

- Augenstein, Daniel, ‘Paradise Lost: Sovereign State Interest,
Global Resource Exploitation and the Politics of Human
Rights’, *The European Journal of International Law*, Vol.
27, No. 3, pp. 669-691.
- Barnes, Richard A., ‘Consolidating Governance Principles for
Areas beyond National Jurisdiction’, *The International
Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27 (2012), pp.
261-291.
- Barnes, Richard A., ‘The Proposed LOSC Implementation
Agreement on Areas Beyond National Jurisdiction and Its
Impact on International Fisheries Law’, *The International
Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 31 (2016),
583-619.
- Blasiak, Robert, Nobuyuki, Yagi, ‘Shaping an International
Agreement on Marine Biodiversity Beyond Areas of

- National Jurisdiction: Lessons from High Seas Fisheries' , *Marine Policy*, Vol. 71 (2016), pp. 210–216.
- Bodansky, Daniel M., 'The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?' , *The American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), pp. 596–624.
- Chang, Yen-Chiang, 'International Legal Obligations in Relation to Good Ocean Governance' , *Chinese Journal of International Law* (2010), Vol. 9 (2010), pp.589–605.
- Cheng, Bin, 'The Legal Regime of Airspace and Outer Space: The Boundary Problem, Functionalism versus Spatialism: The Major Premises' , *Studies in International Space Law*, Vol. 5 (1980).
- Dang, Vu Hai, 'National MPA Laws in the South China Sea: A Comparison and Suggestions for MPA Law Reform in China' , *Ocean Yearbook*, Vol. 30 (2016), pp. 174–206.
- De La Fayette, Louise and Evans, Malcolm D., 'The Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada), Judgment of Jurisdiction of 4 December 1998' , *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 3 (1999), pp. 664–672.
- Druel, Elisabeth and Gjerde M. Kristina, 'Sustaining Marine Life Beyond Boundaries: Options for an Implementing Agreement for Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction under the United Nations Convention on the Law of the Sea' , *Marine Policy*, Vol. 49, (2014), pp. 90–97.
- Falk, Richard, 'Problems and Process: International Law and How We Use It by Rosalyn Higgins' , *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 1 (1995), pp. 254–255.
- Freestone, David, 'International Governance, Responsibility and Management of Areas beyond National Jurisdiction' , The

- International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27, (2012), pp. 191–204.
- Freestone, David, Johnson David, Ardron Jeff, Morrison Kate Killerlain, ‘Can Existing Institutions Protect Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction? Experiences from Two On-going Processes’ , *Marine Policy*, Vol. 49, (2014), pp. 167–175.
- Gissi, Elena and Vivero, Juan Luis Suarez de, ‘Exploring Marine Spatial Planning Education: Challenges in Structuring Transdisciplinarity’ , *Marine Policy*, Vol. 74 (2016), pp. 43–57.
- Gjerde, Kristina M. and Anna Rulska-Domino, ‘Marine Protected Areas Beyond National Jurisdiction: Some Practical Perspective for Moving Ahead’ , *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27 (2012), pp. 351–373.
- Gorina-Ysern, Montserrat, ‘World Ocean Public Trust: High Seas Fisheries after Grotius - Towards a New Ocean Ethos’ , *Golden Gate University Law Review*, Vol. 34 (2004), pp. 645–745.
- Hardin, Garrett, ‘The Tragedy of the Commons’ , *Science*, Vol. 163, No. 3859 (1968), pp. 1243–1248.
- Hayashi, Moritaka, ‘The Management of Transboundary Fish Stocks under the LOS Convention’ , *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 8, (1993), pp. 245–261.
- Houghton, Katherine, ‘Identifying New Pathways for Ocean Governance: The Role of Legal Principles in Areas Beyond National Jurisdiction’ , *Marine Policy*, Vol. 49 (2014), pp. 118–126.
- Jay, Stephen, Klenke, Thomas and Janssen, Holger, ‘Consensus and Variance in the Ecosystem Approach to Marine Spatial Planning: German Perspectives and Multi-actor Implications’ , *Land Use Policy*, Vol. 54 (2016), pp. 129–138.

- Jennings, Robert Yewdall , 'A Changing International Law of the Sea' , *Cambridge Law Journal*, Vol. 31, No. 1 (1972), pp. 32–49.
- Johnston, M. Douglas, 'Law, Technology and the Sea' , *California Law Review*, Vol. 55 (1967), pp. 449–472.
- Johnston, M. Douglas, 'The Driftnetting Problem in the Pacific Ocean: Legal Considerations and Diplomatic Options' , *Ocean Development and International Law*, Vol. 21 (1990), pp. 5–39.
- Johnston, M. Douglas, 'Vulnerable Coastal and Marine Areas: A Framework for the Planning of Environmental Security Zones in the Ocean' , *Ocean Development and International Law*, Vol. 24 (1993), pp. 63–79.
- Joyner, Christopher C., 'Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind' , *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, No. 1, Shorter Articles, Comments and Notes (1987), pp. 190–199.
- Joyner, Christopher and Gustedt, Alejandro von, 'The Turbot War of 1995: Lessons for the Law of the Sea' , *The International Journal of Marine and Coastal law*, Vol. 11, No. 4 (1996), pp. 425–458.
- Koh, Harold Hongju, 'Is There a "New" New Haven School of International Law?' , *The Yale Journal of International Law*, Vol. 32 (2007), pp. 559–573.
- Ku, Charlotte, 'The Concept of Res Communis in International Law' , *History of European Ideas*, Vol. 12, No. 4 (1990), pp. 459–477.
- Kwaitkowska, Barbara, 'Creeping Jurisdiction beyond 200 miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice' , *Ocean Development and International Law*, Vol. 22, Issue. 2 (1991), pp. 153–187.

- Larschen, Bradley and Brennan, Bonnie C., 'Common Heritage of Mankind Principle in International Law' , *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 21 (1983), 305–338.
- Lowe, Vaughan, 'Reflections on the Waters: Changing Conceptions of Property Rights in the Law of the Sea' , *International Estuarine and Coastal Law*, Vol. 1, No. 1 (1986), pp. 1-14.
- McDougal S. Myers, Lasswell D. Harold, 'Jurisprudence in Policy–Oriented Perspective' , *University of Florida Review*, Vol. XIX (1967), pp. 486–513.
- McDougal S. Myres, Reisman W. Michael, 'The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law Is Made' , *Yale Studies in World Public Order*, Vol. 6, No. 2 (1980), pp. 249–284.
- Merrie, Andrew *et al.*, 'An Ocean of Surprises – Trend in Human Use, Unexpected Dynamics and Governance Challenges in Area Beyond National Jurisdiction' , *Global Environmental Challenge*, Vol. 27 (2013), pp. 19–31.
- Miles, Edward L. and Burke, William L. 'Pressures on the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stocks' , *Ocean Development and International Law*, Vol. 20, Issue 4 (1989), pp. 343–357.
- Noyes, John E., 'The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future' , *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 40:1–3 (2011), pp. 447–471.
- Osherenko, Gail, 'New Discourses on Ocean Governance Understanding Property Rights and the Public' , *Journal of Environmental Law & Litigation*, Vol. 21 (2006), pp. 317–445.
- Oude Elferink, Alex G. 'Governance Principles for Areas beyond National Jurisdiction' , *The International Journal of*

- Marine and Coastal Law*, Vol. 27 (2012), pp. 205–259.
- Oxman, Bernard H., ‘International Decisions: Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)’ , Jurisdiction, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2 (1999), pp. 502–507.
- Papageorgiou, Marilena, ‘Marine Spatial Planning and the Greek Experience’ , *Marine Policy*, Vol. 74 (2016), pp. 18–24.
- Pontecorvo, Giorgio, ‘The Enclosure of the Maine Commons, Adjustment and Redistribution’ , *Marine Policy*, Vol. 12, No. 4 (1988), pp. 361–372.
- Ranganathan, Surabhi. ‘Global Commons’ , *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 3 (2016), pp. 693–717.
- Rochette, Julien *et al.*, ‘The Regional Approach to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction’ , *Marine Policy*, Vol. 49 (2014), pp. 81–194.
- Rochette, Julien *et al.*, ‘A New Chapter for the High Seas?’ , *IASS Working Paper*, Institute for Advanced Sustainability Studies (IASS) (2015).
- Scovazzi, Tullio, ‘*Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Seabed Authority*’ , *International Journal of Marine and coastal Law*, Vol. 19, No. 4 (2004), pp. 383–410.
- Scovazzi, Tullio, ‘The Negotiations for a Binding Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity beyond National Jurisdiction’ , *Marine Policy*, Vol. 70 (2016), pp. 188–191.
- Slaughter Annie-Marie, Ratner R. Steven, ‘Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers, *American Journal of International Law* (1999), pp. 291–423.
- Simma, Bruno and Paulus, L. Andreas, ‘The ‘International

- Community' : Facing the Challenge of Globalization' , *European Journal of International Law*, Vol. 9, (1998), pp. 266–277.
- Stewart. David P. (ed.), 'International Decisions: In re Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. UK), PCA Case No. 2011–3 (UNCLOS Annex VII Arb. Trib. Mar.18, 2015)' , *The American Journal of International Law*, Vol, 109, No. 4 (2015), pp. 845–908.
- Stilz, Anna, 'Why Do States Have Territorial Rights? ', *International Theory*, Vol. 1, No. 2 (2009), pp. 185–213.
- Sucharitkul, Sompong, 'Évolution Continue d' une Notion Nouvelle le Patrimoine Commun de L' Humanite' , *Golden Gate University School of Law Publications*, Paper 668 (1989), pp. 887–908.
- Sullivan, Michael Sean, 'The Case in International Law for Canada' s Extension of Fisheries Jurisdiction beyond 200 Miles' , *Ocean Development and International Law*, Vol. 28, No. 3 (1997), pp. 203–268.
- Tladi, Dire , 'The Proposed Implementing Agreement: Options for Coherence and Consistency in the Establishment of Protected Areas beyond National Jurisdiction' , *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 30, No. 4 (2015), pp. 654–673.
- Töpfer, Klaus *et al.*, 'Charting Pragmatic Courses for Global Ocean Governance' , *Marine Policy*, Vol. 49 (2014), pp. 85–86.
- Vieira, Mónica Brito , 'Mare Liberum vs. Mare Clausum: Grotius, Frietas, and Selden' s Debate on Dominion over the Seas' , *Journal of the History of Ideas*, Vol. 64, No.3 (2003), pp. 361–377.
- Williams, William, 'Reminiscences of the Bering Sea

- Arbitration’ , *The American Journal of International Law*, Vol. 37, No. 4 (1943), pp. 562–584.
- Weiss, Edith Brown, ‘The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity’ , *Ecology Law Quarterly*, Vol. 11, No. 4 (1984), pp. 495–581.
- Zervaski, Antonia, ‘The Legalization of Maritime Spatial Planning in the European Union and Its Implications for Maritime Governance’ , *Ocean Yearbook*, Vol. 30, pp.32–52.
- Young, Michaela , ‘Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea’ , *Ocean Development & International Law*, Vol. 47, No. 2 (2016), pp. 165–185.

<참조판례>

Case of Permanent Court of International Justice (PCIJ)

Customs Regime between Germany and Austria, Advisory Opinion, P.C.I.J. (ser. A/B) No. 41 (1931), pp. 37–103,

The Case of the S.S. Lotus, Collection of Judgments (September 7, 1927), Series A. No. 10, Publications of the Permanent Court of International Justice (1927), pp. 5–33.

Cases of International Court of Justice (ICJ)

Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports (2010), pp. 14–107.

Case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports (2008), pp. 12–94.

Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Merits, Judgment of 25 July 1974, I.C.J. Reports (1974), pp. 3–44.

Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment of 4 December 1998, I.C.J. Reports (1998), pp. 432–469.

North Sea Continental Shelf Case (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports (1969), pp. 4–57,

Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports (1949), pp. 8–9.

The Corfu Channel case, Merits, Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Reports (1949), pp. 4–169.

Report of International Arbitral Awards (RIAA)

Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering' s sea and the preservation of fur seals, 15 August 1893, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVIII, pp. 263–276.

Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005, Report of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, pp. 35–125.

Eritrea/Yemen Arbitration, Award of the Tribunal in the First

Stage-Territorial Sovereignty and Scope of Dispute (1998), Report of International Arbitral Awards, Volume XXII, pp. 209–331.

Island of Palmas Case (Netherlands, USA), Report of International Arbitral Awards, 4 April 1928, Vol. II, pp. 829–871.

Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, pp. 1–57.

The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States), Award of the Tribunal of Arbitration in the Question Relating to the North Atlantic Coast Fisheries (7 September 1910), Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, pp. 167–226.

Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, Report of International Arbitral Awards, Vol. III, pp. 1905–1982.

Cases of International Tribunal for Law of the Sea (ITLOS)

Artic Sunrise Arbitration (The Netherlands v Russia), Award on the Merits, 14 August 2014, ITLOS Reports (2014).

Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports (2011).

Cases of Permanent Court of Arbitration (PCA)

Barbados v. Republic of Trinidad & Tobago, Permanent Court of Arbitration. Award of 11 April 2006 .

The Chagos Marine Protected Area Arbitration (The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Islands), Award of the Arbitral Tribunal, 18 March 2015.

<UN 및 국제기구 자료>

Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (New York, 4 August 1995, in force 11 December 2001).

Antarctic Treaty Consultative Meeting, Final Report of the Thirty-seventh Antarctic Treaty Consultative Meeting Brasilia (2014).

Chair' s streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction (2017), [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf].

Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, Report of the Second Meeting of the

Commission, CCAMLR–SM–II (2013).

Conventions on the Continental Shelf, 499 UNTS 311 (1958).

Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, Report of the Thirty–Fourth Meeting of the Commission (2015).

Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for maritime spatial planning, OJ L 257/135 (2014).

EC, Council Regulations (EC) No 1239/98 of 8 June 1998 amending Regulation (EC) No 894/97 laying down certain technical measures for the conservation of fishery resources, Official Journal of the European Communities (1998).

FAO, Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas (1995).

FAO, Doc. C200/INF/25 (2001).

FAO, Fisheries Management: 4. Marine Protected Areas and Fisheries, FAO Technical Guidelines for Responsible Fisheries (2011).

FAO, Limits and Status of the Territorial Sea, Exclusive Fishing Zones, Fishery Conservation Zones and the Continental Shelf (with particular reference to fisheries), UN FAO Fisheries Technical Paper No. 79 (1968).

FAO, The State of World Fisheries and Aquaculture 2016: Contributing to Food Security and Nutrition for All, Rome, FAO Publications (2016).

IMO, Guidelines for the Designation of Special Areas and the Identification of Particularly Sensitive Sea Areas, Resolution A.720 (17), (1991).

Rio Declaration on Environment and Development, A/CONF.151/26 (Vol. I) (1972).

Recommendations of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to Study issues relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction to the Sixty-ninth Session of the General Assembly, (2015).

Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 'Technical Advice on the Establishment and Management of a National System of Marine and Coastal Protected Areas' , CBD Technical Series no. 13 (2004).

Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice, 'Study on the Relationship between the Convention on Biological Diversity and the United Nations Convention on the Law of the Sea with Regard to the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources on the Deep Seabed' ,UNEP/CBD/SBSTTA/8/INF/3/Rev.1, (2003).

ILC, Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International

Economic Order, No.7, Report of the Sixty-Second Conference 8 (1987).

ILC, Documents of the Eighth Session including the Report of the Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, A/CN.4/SER/A/1956/Add.1 (1956).

ILC, Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission , Volume II (1953).

ILC, Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 (A/2693), A/CN.4/88 (1954).

ILC, Report of the Seventeen Conference held at Brussels, Associations for the Reform and Codification of the Law of Nations (1895).

ILC, Summary records of the third session, Yearbook of the International Law Commission, Vol. I (1951).

United Nations, Final Act of the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at the European Office of the United Nations, Convention on the High Seas (29 April 1958), United Nations Treaty Series, No. 6465 (1963).

United Nations Environment Programme, *Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and Natural Biodiversity Strategies and Action Plans*, 24 March 2011,

UNEP/CBD/RW-BF/4/3 (2011).

United Nations Secretary-General, Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary-General, A/62/66 (2007).

United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea , Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an Internationally Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, Fourth Session of the Prepcom (10–21 July 2017).

United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea , Chair' s overview of the first session of the Preparatory Committee, Third Session of the Prepcom (27 March–7 April 2017).

United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea , Chair' s streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Fourth Session of the Prepcom (10–21 July 2017).

United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea , Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the

conservation and sustainable use of marine biological diversity of area beyond national jurisdiction (Advance, unedited version), A/Ac.287/2017/PC.4/2 (2017).

UN Doc. A/6695 (1967).

UN Doc. A/61/65 (2006).

UN Doc. A/62/66/Add.2 (2007).

UN Doc. A/63/112 (2009).

UN Doc. A/65/68 (2010).

UN Doc. A/67/95 (2013).

UN Doc. A/68/71 (2014).

UN Doc. A/68/82 (2014).

UN Doc. A/69/177 (2015).

UN Doc. A/69/780 (2015).

UN Doc. A/AC.287/2017/PC.4/2 (2017).

UN Doc. A/CONF. 13/SR.1 (1958),

UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972).

UN Doc A/CONF.151/PC/10 (1990).

UN Doc A/CONF 151/26/Rev1 (1992).

UN Doc. A/CN.4/42 (1951).

UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006).

UN Doc. A/RES/46/215 (1992).

UN Doc. A/RES/59/24 (2004).

UN Doc. A/RES/61/105 (2007).

UN Doc. A/RES/64/72 (2010).

UN Doc. A/RES/66/68 (2012).

UN Doc. A/RES/69/292 (2015).

<지역기구 및 NGO 자료>

Council of Europe Res. (68) 17 (28 June 1968).

Council of Europe Res. (97) 11 (12 June 1997).

Currie E.J. Duncan, Davis Mischa, ‘Governance Principles Relevant to Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction Submission to the Chair, Greenpeace (February 25, 2016).

International Institute for Sustainable Development, ‘Prepcom 1 Highlights: Monday, 28 March 2016’ , Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, Vol. 25, No. 97 (2016).

International Institute for Sustainable Development, ‘Prepcom 1 Highlights: Wednesday, 30 March 2016’ , Earth Negotiation Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations,, Vol. 25 No. 99 (2016).

International Institute for Sustainable Development, ‘Summary of the First Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 28 March - 8 April 2016’ , Earth Negotiation Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations,, Vol. 25, No. 106 (2016).

International Institute for Sustainable Development, ‘Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017’ , Earth Negotiations Bulletin: A

Reporting Service for Environment and Development Negotiations, Vol. 25, No. 141 (2017).

OSPAR, Convention for Protection of the Marine Environment of North-East Atlantic (1992).

OSPAR, OSPAR code of conduct for responsible marine research in the deep seas and high seas of the OSPAR maritime area (OSPAR 08/24/1, Annex 6).

OSPAR, 2009/10 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas (2010).

OSPAR Commission, OSPAR Recommendation 2003/3 on a Network of Marine Protected Areas, amended by OSPAR Recommendation 2010/2 (OSPAR 10/23/1, Annex 7).

The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (Paris), 22 September 1992, 21 International Legal Materials 1068 (1993).

<학위 논문>

노화섭, ‘공해 해양보호구역제도에 관한 국제법적 연구’, 한국해양대학교 대학원 박사학위논문 (2010).

Lauterpacht, Hersch, *Private Law Analogies in International Law*, Ph.D dissertation, London School of Economics and Political Science, ProQuest Dissertations Publishing (1926).

<기타 자료>

양찬수, ‘해양재난 대응차원의 위성정보 활용’, *과학기술정책*, 과학기술정책연구원, Vol. 25, Issue 5 (2015).

양희철, ‘해양자원, 국가성장의 방향을 바꾸다’, *과학기술정책*, 과학기술정책연구원, Vol. 25, Issue 5 (2015).

윤진숙, ‘해양생태계 관리방안 연구: 최종보고서’, 한국해양수산개발원 (2006).

이창열, ‘제1차 BBNJ 국제문서 준비위원회 논의 배경 및 현황’, *Polar Brief*, 제14호, 극지연구소 (2016).

박기갑, ‘UN공해어업협정 비준 타당성에 관한 연구’, 해양수산부 최종 보고서 (2006).

최재선, ‘배타적 경제수역(EEZ) 해양자원 개발자원 연구’, 한국해양수산개발원 (2009).

한국북극연구단, ‘북극연구’, No. 1, (2015).

한국일보, ‘최후의 원시 바다 남극 로스 해, 향후 35년간 어업활동 전면 금지’ [<http://www.hankookilbo.com/v/b336ef129de54b33a8d7e1fd01ed18bf>]

한덕훈, ‘UN의 공해상 해양생물다양성 보호 논의 동향과 수산분야 시사점’, KMI 현안분석, No. 4, 한국해양수산개발원 (2015).

한덕훈, ‘UN 수산결의안 최근 논의 동향 분석 및 정책적 함의, *현안분석 2014-15*’. 한국해양수산개발원 (2015).

환경운동연합, ‘[논평] 세계 최대 면적의 남극해 해양보호구역 지정이

실현되다.’ , 보도자료 (2017), [<http://kfem.or.kr/?p=169193>].

Conring, Hermann, ‘*Exercitatio Academia de Domino Maris quam divina adsistente gratia sub praesidio*’ (1676), Thesis I, IV.I. [https://books.google.co.kr/books?id=v-VAZObr8cC&printsec=frontcover&hl=ko&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false]

Corrigan, Colleen M. and Kershaw, Francine, ‘Working Toward High Seas Marine Protected Areas: An Assessment of Progress Made and Recommendations for Collaboration’ , United Nations Environment Programme - World Conservation Monitoring Centre (2008).

Dudley, Nigel (ed.), ‘Guidelines for Applying Protected Area Management Categories, IUCN (2013).

Feichter, Isabel, ‘Community Interest’ , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2007).

Galiani, Ferdinando, *De' doveri de' principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso i neutrali* (Napoli, 1782),
https://www.liberliber.it/mediateca/libri/g/galiani/de_doveri_de_principi/pdf/de_dov_p.pdf.]

Ladeur, Karl-Heinz, ‘Governance, Theory of’ , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2010).

Lalonde, Suzanne, 'Bering Sea' , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2009).

Mann, Frederik Alexander, 'The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years' , *Recueil des cours en ligne* (1984).

Paulus, Andreas, 'International Community' , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2013).

Payne, Cymie, 'Biodiversity in High Seas Areas: An Integrated Legal Approach' , *American Society of International Law Insights*, Vol. 21, Issue 9 (2017), [<https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/9/biodiversity-high-seas-areas-integrated-legal-approach>].

Selden, John , *Mare Clausum, seu De Dominio Maris* , Book I, ch.xxii (1635).

Schröder Meinhard , 'Precautionary Approach/Principle' , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2014).

The Diplomat, 'A Pyrrhic Victory in Antarctica?' , (2017), [<https://thediplomat.com/2016/11/a-pyrrhic-victory-in-antarctica/>].

Tomuschat, Christian Tomuschat, 'International Law: Ensuring

the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law' , Recueil des Cours, Academie de Droit International de la Haye, Vol. 281(1999).

Truman, H.S., United States Presidential Proclamation No. 2668, Policy of the US with Respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas, Basic Document No. 6. (1945).

Waibel, Michael, 'Mauritius v. UK: Chagos Marine Protected Area Unlawful, EJIL:Talk!' (2015). [<https://www.ejiltalk.org/mauritius-v-uk-chagos-marine-protected-area-unlawful/>].

Welwood, William , *An Abridgment of All Sea-Lawes: Digital Edition* (London, 1613), [http://maritimelawdigital.com/uploads/PDFs/Welwod-Sea_Laws.pdf].

Weiss, Edith Brown, and Sornarajah, Ahila , 'Good Governance' , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2013).

Wolf, Sarah and Bischoff, Jan Asmus, 'Marine Protected Areas' , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2013).

Wolfrum, Rüdiger, 'Legitimacy in International Law' , Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2011).

Abstract

Harmonizing MPA and Fishery in the Areas beyond the National Jurisdiction

Hyein Kim

The Graduate School of Law

Seoul National University

In the midst of technological advancement and states' intensifying willingness to utilize more marine resources, the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter 'UNCLOS') is confronting significant challenges due to its legal lacunae, especially with a fishery issue in the high seas and the area. In this context, 'marine protected area' (hereinafter 'MPA') is regarded as the most effective tool in addressing the perennial problem of conservation and management of marine environment. In this regard, MPA is one of the main agendas in the United Nations Biodiversity beyond the National Jurisdiction (hereinafter 'UN BBNJ') meetings. However, establishing MPAs in the high seas and the area entails a complex tension among state jurisdiction, freedom of fishing in the high seas and principles from international environmental law. Therefore, there is

a dire need to comprehend the development of legal arguments accrued to the areas beyond national jurisdiction (ABNJ) for drafting an internationally binding instrument under the UNCLOS regime in the future. Since there is a possibility of a third implementing agreement, it would be crucial to seek a balance between freedom of the high seas coined in the law of the sea and international community's interest in conserving marine environment in the international environmental law. Given such circumstances, there are some key questions to denote; Firstly, how can we strike a balance between respect for states' fishing right in the ABNJ and conservation of marine biodiversity? Secondly, how do we perceive an inter-regime relationship between the law of the sea and the international law of environment? Last but not least, how can we refrain from undermining existing but yet fragmented structure of ABNJ MPA in various regional fishery management organizations? In order to tackle these conundrums, this paper applies Policy-Oriented Jurisprudence as a legal methodology. The methodology aims to establish world public order by a thorough analysis on interest and values in the process of making international law and thus, will serve as a tool in interpreting concepts and trends in the development of the law of the sea.

Henceforth, in the Chapter 1 of this piece of work, the extent of some key terminologies and concepts, such as state jurisdiction, freedom in the high seas and also right to marine resources, will be defined and delineated for further discussion. From the analysis, it would be more apparent that a development of MPA in the BBNJ meetings would not clash with the state jurisdiction nor resource sovereignty, but it could be analyzed along with the traditional

freedom of the high seas and the area regime of common heritage of mankind in the UNCLOS.

After ascertaining the key definitions and the legal concepts, it would be necessary to determine the legal status of the ABNJ and the fishery resources in the following Chapter 2. Since the status of ABNJ has been shifting from *res nullius* to *res communis*, the rights and duties of the states also went through a major modification. Beside from *res communis*, there are other alternatives as to the legal status of the ABNJ, however the status is mostly regarded in the context of *res communis*. Therefore, this piece of work suggests that the problem of ‘tragedy of the commons’, such as overfishing and destructive fishing practices, is still a lingering problem in the ABNJ fishery due to pursuit of values and interests against the world public order.

In order to address the aforementioned problems, Chapter 3 would be devoted to observing pertinent provisions in the UNCLOS and determining applicable international environmental law principles. In addition, the jurisprudence regarding clash between ‘obligation to conserve and manage marine resources’ and ‘fishing right of a state’ would be analyzed with respect to the decisions and recommendations granted by the international courts. As of now, the relevant clauses in the UNCLOS does not lead to a detailed array of obligation on conserving fishery resources in the ABNJ. However, some core principles such as no-harm rule, principle of international cooperation, inter and intra equity could be a guidance. Yet, precautionary principle and ecosystem approach needs more support in the upcoming drafting procedure.

Finally, this piece of work aims to offer some suggestions as to the regulatory framework and the prescriptive goals of the upcoming legally binding international document, by incorporating ocean governance in the field of international law with the support of Policy-Oriented Jurisprudence approach. Chapter 4 examines a brief history and current updates of the UN BBNJ meeting conducive to launching a world public order through an authoritative and controlling social process, as is suggested in the New Haven School approach. Hence, there are two-level suggestions in the last Chapter 5; the UNCLOS implementing agreement and an international ocean governance in the ABNJ. To this end, an exemplary hybrid approach model would encompass both the international and regional regime. In this context, effective conflict or saving clause, and sunset clause should be considered in order to determine the competence among the existing regimes and specify states' rights and obligations on marine environment protection; notably including ABNJ MPA and fishery. Ultimately, the theoretical debate between biodiversity and fishery will only be able to attain a multilateral MPA regime based on international ocean regime but and reinforcing international ocean governance for a sustainable fishery in the ABNJ.

keywords : UN BBNJ, Areas beyond National Jurisdiction, ABNJ, Ocean Jurisdiction, State Jurisdiction, UNCLOS, High Seas, Fishery, Ocean Governance, Policy-Oriented Jurisprudence
Student Number : 2015-22976